Zur

Lehre von der actio Pauliana

insbesondere

unter welchen Voraussetzungen kann ein vom Schuldner bestelltes Pfandrecht erfolgreich mittels der gedachten Klage angegriffen werden?

Eine civilistische Studie

von

H. Hasenbalg,
Appellations-Gerichts-Rath zu Celle.

Berlin, 1874.
Verlag von Franz Vahlen.

Zur

Lehre von der actio Pauliana

insbesondere

unter welchen Voraussetzungen kann ein vom Schuldner bestelltes Pfandrecht erfolgreich mittels der gedachten Klage angegriffen werden?

Eine civilistische Studie

von

H. Hasenbalg,
Appellations-Gerichts-Rath zu Celle.

Berlin, 1874.
Verlag von Franz Vahlen.

Die folgenden Ausführungen verdanken praktischer Anregung ihr Entstehen.

Es war zunächst meine Absicht, nur die Frage zu erörtern: unter welchen Voraussetzungen kann ein vom Schuldner (für eine vetus obligatio) bestelltes Pfandrecht erfolgreich mittels der actio Pauliana angefochten werden?

Im Laufe der Bearbeitung überzeugte ich mich jedoch, daß es zu einer in Wahrheit erschöpfenden Beantwortung auch nur dieser Frage unumgänglich nothwendig sei, einzelne Punkte aus dem allgemeinen Theile der Lehre von der actio Pauliana in den Kreis der Erörterung hinein zu ziehen.

Dies ist geschehen!

Möchte dadurch nach ein oder der andern Richtung hin die Klärung der Ansichten gefördert werden!

Celle, im Januar 1874.

H. Hasenbalg.

Inhalts-Uebersicht.

Literatur.

Franke, im Archiv für civilistische Praxis; Band XVI. S. 125—142; 251—270.

Laspeyres, ebendaselbst Band XXI. S. 35—100.

Dernburg, Pfandrecht I. S. 197—200.

O. Schönemann, Die Paulianische Klage wegen Veräußerungen zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheile der Gläubiger. Gera. 1873.

§ 1.

I.

Eine Handlung des Schuldners kann — der Fall der Bestellung eines Pfandrechts bleibt einstweilen unberücksichtigt! — von seinen Gläubigern nur dann mittels der act. Paul. angegriffen werden, *wenn* durch jene Handlung die Gläubiger *benachtheiligt* sind.

L. 10 § 1. Dig. h. tit. (42. 8.)

Ulpianus lib. 73 ad Edictum.

Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si *eventum* fraus habuit; scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt.

Diese Benachtheiligung *kann* nur in der *Verminderung* des Vermögens des Schuldners bestehen; es muß von dem schon Vorhandenen etwas hinweggekommen sein; unterlassene Vermehrung, Abweisung eines Erwerbes *kann* niemals Fundament der act. Paul. sein. —

Die Benachtheiligung der Gläubiger ist ein absolutes Erforderniß; sie kann durch nichts ersetzt werden. Es reicht nicht aus, daß der Schuldner dieses Ziel erstrebt hat; daß er — irrend — dasselbe erreicht zu haben geglaubt hat; — es muß in Wahrheit *erreicht sein*, damit überall der fragliche Veräußerungsact durch act. Paul. angefochten werden könne.

Der benachtheiligende Erfolg tritt stets in derselben Weise ein: die Mittel des Schuldners reichen zur Befriedigung seiner Gläubiger *nicht* aus; das Fehlende ist eben durch die anzugreifende Verminderungshandlung hinweggenommen. —

Für die Frage nach dem Dasein des benachtheiligenden Erfolges kommen in Betracht: einmal, der Augenblick, in welchem die Ver=

minderungshandlung vorgenommen wurde, — und sodann der Augenblick, in welchem die Mittel zur Befriedigung des betreffenden Gläubigers vorhanden sein müssen.

Die verschiedenen möglichen Gestaltungen werden einer gesonderten Betrachtung bedürfen.

1. Der Schuldner war bereits zahlungsunfähig, als er die Verminderungshandlung vornahm; er hat es zu sein nicht aufgehört bis zu dem Augenblicke, in welchem er seine Gläubiger befriedigen soll. [1])

2. Zur Zeit, als die Verminderungshandlung vorgenommen wurde, war der Schuldner allerdings im Zustande der Zahlungsunfähigkeit; inzwischen haben sich seine Verhältnisse gebessert und als Erfüllung von ihm begehrt wurde, war er im Stande, allen seinen Gläubigern gerecht zu werden. —

Von Anstellung der act. Paul. kann keine Rede sein. Mit welchem Rechte und von welchem Standpunkte aus wollten die zu voll befriedigten Gläubiger irgend eine Handlung ihres Schuldners anfechten?! —

3. Gesetzt aber, durch späteren Erwerb war allerdings die im Augenblicke der Vornahme der Verminderungshandlung vorhandene Vermögensunzulänglichkeit beseitigt; allein die erworbenen Mittel sind wiederum verloren gegangen; und in dem Augenblicke, in welchem die Gläubiger Befriedigung fordern, ist der Zustand der Insolvenz wiederum vorhanden. —

Die Zulässigkeit der act. Paul. kann nicht wohl einem Zweifel unterworfen sein. Den Gläubigern ist es sehr gleichgiltig, daß inzwischen der Schuldner vorübergehend zahlungsfähig geworden war: ihre Interessen werden dadurch verletzt, daß er es jetzt, wo sie befriedigt sein wollen, nicht mehr ist.

Der Umstand, daß er es eben jetzt nicht mehr ist, einerlei, ob er es gewesen, läßt die Thatsache wieder vollkommen wirksam werden,

---

[1]) Es ist gleichgiltig, in welcher Weise die in diesem Augenblicke vorhandene Zahlungsfähigkeit festgestellt wird; ob durch Eröffnung des förmlichen Concurses, ob durch ein gewöhnliches Executionsverfahren, welches wegen Mangels an Executionsobjecten erfolglos blieb. Vgl. eine Entscheidung des Ob.-App.-Gs. München (a. d. Jahre 1846; Seuffert, B. III. Nr. 247.)

daß er es zu der Zeit nicht war, als er die fragliche Verminderungshandlung vornahm.

4. Der Schuldner war zu der Zeit als er die betreffende Verminderungshandlung vornahm (noch) zahlungsfähig; der Zustand der Zahlungsunfähigkeit ist erst später eingetreten. —

Der Fall, in dieser Einfachheit gedacht — in veränderter Gestalt, d. h. unter Hinzunahme eines auf Herbeiführung demnächstiger Zahlungsunfähigkeit damals schon gerichteten Willens des Schuldners, wird derselbe weiter unten Gegenstand der Erörterung werden — kann gleichfalls zu Bedenken nicht Veranlassung geben.

An Anfechtung durch act. Paul. ist nicht zu denken. Die Benachtheiligung der Gläubiger ist überall nicht durch die betreffende Verminderungshandlung herbeigeführt; diese ließ ja die Mittel zur Befriedigung der Gläubiger übrig; und der Versuch, auf Grund einer damals schon vorhandenen Willensrichtung des Schuldners die durch spätere Ereignisse herbeigeführte Insolvenz mit jenen Dispositionsacten in Verbindung zu setzen, kann hier nicht gemacht werden, weil jene Willensrichtung nicht vorlag. — —

Mit den oben gebilligten Resultaten steht es nicht im Widerspruche, wenn gelehrt wird — so z. B. von Windscheid, Pand. B. II. S. 463 Nr. 3 —, daß die Verkürzungsabsicht des Schuldners erreicht sein müsse „an demselben Vermögen, an welchem die Verminderung vorgenommen ist".

Es kann zunächst nicht daran gedacht werden, als ob die act. Paul. schon dann begründet sei, wenn die Gläubiger etwa nicht aus eben den Vermögensstücken befriedigt werden können, die zu der Zeit, als die betreffende Verminderungshandlung vorgenommen wurde, bereits in dem Vermögen des Schuldners sich befanden; sie interessirt nicht die Erscheinungsform des Werthinhaltes jenes Vermögens, sondern nur dieser selbst. Daß derselbe zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht, verletzt sie, — während es, wenn er ausreicht, für sie ohne alles Interesse ist, in welchen Objecten er sich darstellt. Mögen diese nach Vornahme der Verminderungshandlung so viel gewechselt haben, wie sie wollen; — was können die Gläubiger mehr begehren, als daß sie durch die jeweilig vorhandenen Objecte vollständig befriedigt werden! Sollten diese hierzu nicht ausreichen, — die Gläubiger interessirt immer doch nur die sich herausstellende Unzulänglichkeit;

nicht im Geringsten aber der Umstand, durch welche Objecte das vorhandene Vermögen gebildet wird.

Wäre es anders, — der Schuldner könnte ja in jedem Falle die Anstellung der act. Paul. dadurch verhindern, daß er nach Vornahme der Verminderungshandlung sein gesammtes Vermögen die Form seines Erscheinens wechseln ließe! —

Auch daran ist nicht zu zweifeln, daß, wenn der insolvente Schuldner nach Vornahme der Verminderungshandlung, die Mittel zu vollständiger Befriedigung seiner Gläubiger erwirbt, von Anstellung der act. Paul. nicht mehr die Rede sein kann; selbst dann nicht, wenn die Mittel ihm zufallen sollten durch Erwerb des gesammten Vermögens eines Dritten, durch Beerbung.

Den Gläubigern muß es gleichgültig sein, auf welche Weise der Schuldner die Mittel zu ihrer Befriedigung erworben hat; ob durch mehrfache Erwerbsacte, ob durch einen einzigen Act; ob durch einen Erwerbsact, kraft dessen er die vermögensrechtliche Persönlichkeit eines Dritten fortsetzt, ob durch Acte, die einen derartigen Erfolg nicht herbeiführen. —

An Fälle welcher Art aber — wird man mit Recht fragen — ist denn zu denken, wenn verlangt wird, daß die Verkürzungsabsicht an demselben Vermögen erreicht sein müsse, an welchem die Verminderungshandlung vorgenommen war?

Die Rechtslehrer, welche jenen Grundsatz vortragen, verweisen auf L. 10 § 9 D. h. t.; die Betrachtung dieser Gesetzesstelle giebt Auskunft.

Ulpian. lib. 73 ad Edict.

> Si fraudator heredem habuit et heredis bona venierint, non est in bonis, quibus de agitur, factum: et ideo cessat haec actio. —

A, bereits zahlungsunfähig, nimmt in fraudem seiner Gläubiger eine Veräußerung vor; er stirbt; B beerbt ihn; B geräth in Concurs; seine Güter werden zum Besten seiner Gläubiger verkauft.

Es giebt kein Vermögen mehr, aus dem die benachtheiligten Gläubiger des A Befriedigung erlangen könnten; es kann somit auch nicht die Rede davon sein, den Bestand eines solchen Vermögens dadurch zu vermehren, daß bestimmte Veräußerungshandlungen rescindirt werden.

II.

Wenn es sich um die Anfechtung eines vom Schuldner bestellten Pfandrechts handelt, — welchen Erfolg muß die Bestellung des Pfandrechts gehabt haben, damit der Bestellungsact wirksam mittels der act. Paul. angegriffen werden könne?

Denselben, wie er bezüglich der eben betrachteten Normalfälle erfordert ist: — es müssen (andere) Gläubiger dadurch benachtheiligt sein, daß einem von ihnen ein Pfandrecht (für eine schon vorhandene, bis dahin durch Pfandrecht nicht gesicherte) Schuld bestellt ist. Diese Benachtheiligung tritt auch hier in der Weise ein, daß die betreffenden Gläubiger nicht zu voll befriedigt werden; aber der Weg, auf welchem in Fällen dieser Art derselbe Erfolg herbeigeführt wird, ist ein durchaus anderer.

In den Normalfällen geschieht die Benachtheiligung sehr einfach durch Verminderung des Vermögens; dasselbe reicht dann nicht so weit, als es mit den weggegebenen Vermögenstheilen gereicht haben würde. Eben die Gläubiger, die mit dieser Differenz, wenn sie (noch) vorhanden wäre, befriedigt sein würden, sind die Verletzten; sie bleiben nun ohne Befriedigung.

Nicht so beim Pfandrechte!

Gesetzt, X hat ein Vermögen von 200; er schuldet A, B, C und D, jedem 100; keinem der Gläubiger steht ein Pfandrecht (oder sonstiges Vorzugsrecht) zu Seite. Der Erfolg concursmäßiger Vertheilung würde der sein: jeder der Gläubiger erhält 50. Wenn nun X nachträglich dem B für seine Schuld ein Pfandrecht bestellt, so erhält B 100; die andern drei Gläubiger erhalten dann nicht jeder 50, sondern nur $33\frac{1}{3}$. Jeder von ihnen ist somit durch das dem B eingeräumte Pfandrecht um $16\frac{2}{3}$ verkürzt.

Diese ihre Verkürzung geschieht nicht durch Verminderung des Vermögens des Schuldners; durch das dem B eingeräumte Pfandrecht wird nicht der geringste Theil von diesem Vermögen weggegeben, denn die Schuld, für welche das Pfandrecht bestellt wurde, war ihrem ganzen Umfange nach bereits als passives Element in demselben vorhanden: der Schuldner ändert vielmehr durch Bestel-

lung des Pfandrechtes nur die Vertheilung seines Vermögens unter seine Gläubiger. Er nimmt durch die Bestellung des Pfandrechts der Gesammtheit der Gläubiger nichts; aber er nimmt A, C und D, jeden $16^2/_3$, und wendet diesen Betrag auf dem Wege der Pfandrechtsbestellung dem B zu.

Es werden mithin A, C und D nicht in der Weise verletzt, daß die 50, die zu ihrer Befriedigung vorhanden waren, aus dem Vermögen des Schuldners ausscheiden; sie bleiben darin; sie werden aber den erwähnten Gläubigern dadurch genommen, daß sie dem Mitgläubiger B zugewendet werden, — einem Mitgläubiger, der, wenn der Schuldner nicht durch Bestellung des Pfandrechts auf die Vertheilung der Vermögensmasse eingewirkt hätte, nicht mehr würde erhalten haben, als jeder der andern Gläubiger. —

Wenn, wie nicht zu bezweifeln, die act. Paul. nur von den Gläubigern angestellt werden kann, die dadurch benachtheiligt sind, daß einem Mitgläubiger ein Pfandrecht bestellt wurde; und wenn die Benachtheiligung eben nur darin bestehen kann, daß die betreffenden Gläubiger weniger erhalten, als sie erhalten hätten, wenn dem Mitgläubiger das Pfandrecht nicht eingeräumt wäre: so kann auch die Entscheidung folgender Fälle keine Schwierigkeiten darbieten.

1. X besitzt 200; er schuldet A, B, C und D jedem 100; er bestellt B ein Pfandrecht; nachdem dies geschehen, erwirbt er noch 200.

An act. Paul. ist nicht zu denken!

Jeder der vier Gläubiger erhält, was ihm gebührt: 100! Ob B dieselben auf Grund des ihm eingeräumten Pfandrechts an früherer Stelle locirt erhält, kann nicht in Betracht kommen. —

2. Gesetzt aber, X erwarb nach der Pfandbestellung an B nicht 200, sondern nur 50.

Auch dann dürfte eine Anfechtung des dem B eingeräumten Pfandrechts nicht zulässig sein. Und zwar aus folgenden Gründen. Wenn im Augenblicke der Pfandbestellung das Vermögen des Schuldners unter die Gläubiger vertheilt wäre, so hätte keiner derselben mehr als 50 erhalten. Jetzt werden dem B durch das nur ihm bestellte Pfandrecht zu den 50, die er auch ohne jenes Pfandrecht würde erhalten haben, noch 50 zugewendet. Um diese 50 zu bilden, werden jedem der drei andern Gläubiger $16^2/_3$ entrissen. Sobald also der Schuldner später wieder 50 erwirbt, ist dieser Nachtheil vollständig

ausgeglichen. Von diesen 50 erhält B, der ja durch 100 vollständig befriedigt wird, nichts; A, C und D erhalten demnach jeder wiederum 50.

Daß sie auch jetzt noch nicht zu voll befriedigt werden, während B volle Befriedigung erlangt, kann nicht in Betracht kommen. Es handelt sich ja nicht um eine Verbesserung ihrer Lage: es soll — eventuell — durch Rescission des dem B bestellten Pfandrechtes nur der Nachtheil beseitigt werden, den sie eben durch die Bestellung dieses Pfandes erleiden würden!

Haben sich in dem entscheidenden Augenblicke der Befriedigung die Verhältnisse des Schuldners in der Weise geändert, daß A, C und D nun doch so viel erhalten, wie sie ohne die dem B durch das Pfandrecht gewährte Bevorzugung würden erhalten haben, so hat die fragliche Pfandrechtsbestellung für sie jeden schädigenden Einfluß verloren; dieselbe kann dann aber auch von diesem Gesichtspunkte aus nicht mehr angefochten werden. —

Es liegt nahe, der eben entwickelten Anschauung folgende Argumentation entgegenzusetzen: hätte X nicht dem B ein Pfandrecht bestellt, und hätte er später 50 erworben, so wären ja zur Vertheilung unter alle vier Gläubiger 250 vorhanden gewesen; A, C und D hätten also jeder 62½ erhalten; und somit werden sie allerdings benachtheiligt, wenn sie nun — wie oben angenommen — das dem B eingeräumte Pfandrecht nicht anfechten dürfen, vielmehr sich mit 50 müssen abfinden lassen!

Allein dieser Ansicht möchten gewichtige Bedenken entgegenstehen. Der Nachtheil, den A, C und D allerdings insofern erleiden, als sie nur 50, nicht 62½ erhalten, ist nicht die Folge einzig und allein der Thatsache, daß dem B Bevorzugung durch Einräumung eines Pfandrechts gewährt ist; sondern es muß erst noch der fernere Umstand hinzugenommen werden, daß der Schuldner nach Einräumung des fraglichen Pfandrechtes weitere 50 erworben hat. Wenn es aber darum sich handelt, ob der Schuldner durch die Bestellung des dem B eingeräumten Pfandrechtes seine übrigen Gläubiger benachtheiligt hat, so kann doch von einer Benachtheiligung wohl nur in Beziehung auf das Vermögen die Rede sein, welches in jenem Augenblicke der Pfandrechtsbestellung bereits vorhanden war. An zukünftigem, noch ungewissem Erwerbe hatten

die Gläubiger Rechte überall (noch) nicht; sie können also auch in diesen ihren Rechten nicht verletzt sein! Wohl mag der spätere Erwerb dazu benutzt werden dürfen, um — im Interesse des erwerbenden Schuldners — die Benachtheiligung auszugleichen, die er seinen Gläubigern bereits zugefügt hat: sicherlich aber ist es unzulässig, unter Hinzurechnung des späteren Erwerbes zu dem schon früher vorhandenen Vermögen nun im Hinblick auf den durch Berechnung erlangten Gesammtbetrag die Frage zu entscheiden, ob überall eine Benachtheiligung der Gläubiger Statt gefunden habe, bez. wie hoch sich der Betrag derselben belaufe. —

Die Frage, ob, wenn der den übrigen Gläubigern durch Bestellung eines Pfandrechts zugefügte Nachtheil durch späteren Erwerb zwar theilweise, nicht aber vollständig beseitigt ist, nun dennoch das ganze Pfandrecht zu rescindiren ist, oder ob dem bevorzugten Gläubiger nur so viel entrissen werden darf, als nothwendig ist, um, mit Hinzunahme des späteren Erwerbes, den durch die Pfandbestellung zugefügten Nachtheil auszugleichen? — kann erst weiter unten erörtert werden, nachdem festgestellt ist, von welchem Gesichtspunkte aus überall die Anfechtung eines vom Schuldner einem (Mit-) Gläubiger eingeräumten Pfandrechts sich rechtfertigen läßt. —

3. Nach den schon oben (I. 3.) entwickelten Grundsätzen dürfte nicht daran zu zweifeln sein, daß, wenn in dem so eben erörterten Falle die später erworbenen 50 im Augenblicke der Befriedigung bereits nicht mehr vorhanden sind, die act. Paul. mit Erfolg angestellt werden kann.

Dieselbe würde allerdings nicht haben angestellt werden können, wenn die Befriedigung der Gläubiger geschehen wäre, so lange der spätere Erwerb noch vorhanden, mithin um seinen Betrag das Vermögen vergrößert war; ist derselbe aber schon wieder hinweggefallen, als die Gläubiger Befriedigung forderten, so ist auch die Thatsache für die Gläubiger vollständig bedeutungslos, daß er früher einmal vorhanden war.

Der betreffende Erwerbsact kann in anderer Weise nicht auf die Rechtsverhältnisse der (vorhandenen) Gläubiger einwirken, als factisch dadurch, daß er Mittel zu ihrer Befriedigung darbietet; diese Einwirkung ist nicht mehr möglich, wenn der Schuldner das Erworbene bereits wieder eingebüßt hat.

§. 2.

I.

Befriedigte Gläubiger sind niemals berechtigt, die act. Paul. anzustellen; unabweisbare Voraussetzung für die Befugniß zur Anstellung der gedachten Klage ist somit die Thatsache: daß wenigstens einer der (zur Zeit der Vornahme der betreffenden Verminderungshandlung schon vorhandenen) Gläubiger nicht vollständige Befriedigung erlangt hat.

Weiter ist dann aber zu fragen: in welcher Weise muß dieser Erfolg durch den Schuldner herbeigeführt sein, damit die betreffende Veräußerung mittels der act. Paul. könne angefochten werden?

1. Der Schuldner, als er die Verminderungshandlung vornahm, welche angegriffen wird, befand sich **bereits** im Zustande der Zahlungsunfähigkeit. —

Dies ist der gewöhnlichste Fall. Die Quellen haben ihn vor Augen, wenn nicht eben auf eine ausnahmliche Gestaltung hingewiesen wird.

Daß dann jede Verminderung des Vermögens den erwähnten benachtheiligenden Erfolg für die Gläubiger haben muß, ist offensichtlich. Wenn die in jenem Augenblicke dem Schuldner zu Gebote stehenden Mittel schon nicht ausreichen, um seinen Gläubigern Befriedigung zu gewähren: so liegt auf der Hand, daß jede weitere Verringerung des Vermögens diese Mittel immer mehr schmälert; somit unabwendbar dahin führt, daß die Gläubiger noch weniger erhalten, als sie würden erhalten haben, wenn die fragliche Verminderungshandlung nicht vorgenommen wäre. —

2. Der Schuldner, als er die fragliche Verminderungshandlung vornahm, war (noch) zahlungsfähig; nach Hinwegnahme des durch den betreffenden Act aus dem Vermögen Hinweggegebenen reicht das Uebriggebliebene zur Befriedigung der Gläubiger nicht aus: m. a. W., die Zahlungsunfähigkeit wird **erst**, aber auch **schon** durch den betreffenden Veräußerungsact herbeigeführt. —

Auch bei dieser Sachlage ist die act. Paul. zulässig.

Es sind unzweifelhafte gesetzliche Aussprüche vorhanden.

L. 17. §. 1. D. h. t. (Ulpian. lib. 49 Digest.)

Lucius Titius, quum haberet creditores, libertis suis, hisdemque filiis naturalibus universas res suas tradidit. — ideoque — filii ejus — hac actione tenentur.

L. 10. D. 40. 9. (Gajus lib. 1 rerum cottid.)

In fraudem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore, quo manumittit, solvendo non est, vel datis libertatibus desiturus est solvendo esse.

Daß Lucius Titius, der allerdings Gläubiger hatte, schon früher zahlungsunfähig sollte gewesen sein, ist in der L. 17 nirgend gesagt; daran aber ist nicht zu zweifeln, daß er, wenn er, ohne zuvor die Gläubiger befriedigt zu haben, sein ganzes Vermögen weggiebt, sich nun eben durch diesen Veräußerungsakt, aber auch erst durch ihn, in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit versetzt.

Dennoch kann dieser Akt erfolgreich mittels der act. Paul. angefochten werden! —

Auch die Praxis scheint kein Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage in Fällen der gedachten Art gehegt zu haben.

So heißt es in einem Urtheile des Ob.-App.-Gerichtes zu Kassel (aus d. Jahre 1838; Seuffert III. Nr. 248):

„— insolvent oder in Folge des Dispositionsaktes geworden sei —";

in einer Entscheidung des Ob.-App.-Gs. zu Oldenburg (Seuffert V. Nr. 95):

„— auch der Schuldner, der im Augenblicke der Handlung nicht insolvent ist und es durch die Handlung nicht wird, — kann doch —";

das wird mithin als zweifellos hingestellt, daß der Fall: die Insolvenz ist erst durch den betreffenden Verminderungsact herbeigeführt! — dem Falle schon vorhandener Zahlungsunfähigkeit ganz gleich stehe.

Beweisend sind ferner auch alle die unten sofort zu erwähnenden Urtheile, die weiter gehen und die act. Paul. unter Umständen selbst dann zulassen, wenn nicht einmal durch den anzufechtenden Verminderungsact selbst, sondern erst durch noch spätere Ereignisse die Vermögensunzulänglichkeit herbeigeführt ist. —

3. Durch die betreffende Verminderungshandlung selbst ist der

Schuldner noch nicht in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit versetzt; er beabsichtigte aber damals schon, als er jene Handlung vornahm, demnächst auch noch andere Verminderungshandlungen vorzunehmen; sie sind vorgenommen; jetzt ist in der That Vermögensunzulänglichkeit eingetreten. —

Zunächst kann über zwei Punkte kaum Streit obwalten; es bedarf nur ihrer Hervorhebung.

Wenn die weiteren Verminderungshandlungen, durch welche die Vermögensunzulänglichkeit erst sollte herbeigeführt werden, unterblieben sind, — so kann von Anstellung der act. Paul. keine Rede sein. Die betreffende Verminderungshandlung (an sich) hat Zahlungsunfähigkeit nicht herbeigeführt. Die späteren Ereignisse, die nach Absicht des Schuldners zur Herbeiführung jenes Zustandes mitwirken sollten, sind nicht eingetreten; die (alleinige) Absicht des Schuldners sein Vermögen bis zur Zahlungsunfähigkeit verringern zu wollen, ist — wie schon oben gezeigt — bedeutungslos, sobald der gewollte Erfolg nicht erreicht, sobald der (objektive) Zustand der Vermögensunzulänglichkeit nicht herbeigeführt ist.

Auf der andern Seite kann nicht daran gezweifelt werden, daß, wenn spätere Ereignisse überall dazu benutzt werden dürfen, um eine frühere Verminderungshandlung, obwohl sie an sich nicht schon zur Zahlungsunfähigkeit führte, dennoch, mit Rücksicht eben darauf, daß die späteren Verminderungshandlungen nun in der That diesen Zustand herbeigeführt haben, durch act. Paul. wirksam angreifen zu lassen, dies nur dann möglich ist, wenn der Schuldner **damals** schon, als er die betreffende Verminderungshandlung vornahm, auch die späteren Handlungen **beabsichtigt** hat.

Zwar wird nicht gerade erforderlich sein, daß diese späteren Handlungen nun auch eben genau in der Reihe ausgeführt seien, in welcher sie beabsichtigt waren; — es muß ausreichen, wenn durch Festhalten des Wesentlichen die Bejahung der Frage nach der Identität des Gewollten mit dem Geschehenen über allen Zweifel erhoben wird.

Bleibt aber die gehegte Absicht ohne alle Ausführung, oder wird statt der beabsichtigten Veräußerungshandlung eine andere ausgeführt, einerlei, ob sie unter den obwaltenden Umständen gleichfalls Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt hat; — so fehlt es an

aller Berechtigung dazu, dieses spätere Ereigniß mit der früheren Verminderungshandlung in der Art als ein einheitlich Geschehenes zusammenzufassen, daß man, um die Fragen zu beantworten: hat die betreffende Verminderungshandlung Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt? irgend etwas anderes in's Auge fassen dürfte, als eben die Folgen einzig und allein der fraglichen Handlung selbst.

Angenommen aber, dem angedeuteten Erfordernisse sei entsprochen, — die späteren Verminderungshandlungen waren in der That schon bei Vornahme der betreffenden frühern Veräußerung beabsichtigt; — kann dann diese Handlung erfolgreich durch Paul. act. angefochten werden?

Die Quellen erwähnen des Falles nicht; die Praxis ist aber anscheinend nicht abgeneigt, die aufgeworfene Frage bejahend zu beantworten.

Auf diesem Boden steht z. B. folgende Entscheidung des Ob.-App.-Gs. zu Oldenburg (Seuffert, V. Nr. 95):

„— — daß das consilium fraudandi des Schuldners niemals angenommen werden solle, wenn derselbe nicht schon zur Zeit der angefochtenen Veräußerung insolvent geworden sei, geht aus den Gesetzen nicht hervor. Es ist hier die Regel angegeben, daß die fraus für erwiesen zu halten sei, wenn der Schuldner zur Zeit der Veräußerung insolvent gewesen, oder durch letzteren insolvent geworden sei. Hieraus folgt aber nicht, daß solche fraus unter Umständen nicht auch ohne Insolvenz zu der genannten Zeit vorhanden sein kann. Die allgemeinen Grundsätze über dolus und mala fides erfordern vielmehr für das consilium fraudandi nichts weiter, als den dem Schuldner bewußten Causalnexus zwischen der in Frage stehenden Verminderung und der Benachtheilung der Gläubiger. Das Bewußtsein dieses Causalnexus kann auch der noch solvente Schuldner haben." —

Auch ein — weiter unten ausführlich mitzutheilendes — Urtheil des Ob.-App.-Gs. zu Kiel (Seuffert, XII. Nr. 113) ist anzuführen. Dieses Urtheil geht noch weiter. Es läßt die Anfechtung eines Dispositionsactes sogar dann zu, wenn dieser Act selbst nicht einmal zu einer Verminderung des Vermögens geführt hat, sobald nur das durch das betreffende Geschäft erlangte Aequivalent später bei

der Concurseröffnung sich sich nicht mehr im Vermögen des Schuldners befindet und dieser Zustand eben durch fraus des Schuldners herbeigeführt ist. Wenn man so weit geht, dann wird man gar kein Bedenken tragen, in dem hier erörterten Falle, in welchem doch vorausgesetzt wird, daß derbetreffende Dispositionsact, wenn auch nicht (schon) Zahlungsunfähigkeit, doch selbst (schon) eine Verminderung des Vermögens herbeigeführt hat, die act. Paul. für zulässig zu halten. —

Es fragt sich, ob diese Anschauung, welche in der That die Zahl der Fälle, in welchen von Anwendung der act. Paul. die Rede sein kann, in sehr erheblicher Weise vergrößern würde, Billigung verdient.

Von vorn herein mag anerkannt werden, daß in Fällen der gedachten Art häufig ein Gefühl für Billigkeit und Redlichkeit es nur erwünscht erscheinen läßt, wenn es möglich sein sollte, die Gläubiger vor Benachtheiligung zu bewahren; allein Erwägungen der Art — sie mögen den Gesetzgeber bestimmen, für den Richter dürfen sie nicht maßgebend sein. Und in der That möchten folgende Erwägungen der erwähnten Auffassung mindestens doch sehr erhebliche Schwierigkeiten bereiten.

In den beiden Fällen, welche die Quellen erwähnen: der Schuldner, als er die betreffende Verminderungshandlung vornahm, war bereits zahlungsunfähig, oder er wurde es doch durch eben diese Handlung, — wird neben dem objectiv eintretenden Erfolge der Zahlungsunfähigkeit immer doch die fraudulose Absicht des Schuldners erfordert.

Es müssen somit zwei gesonderte Elemente neben einander vorhanden sein: der thatsächlich eintretende Erfolg; dieses Erforderniß liegt gänzlich außerhalb der Person des Schuldners; — das Erkannthaben dieses Erfolges; dieses Erforderniß liegt gänzlich innerhalb der Person des Schuldners; es ist ein Act seiner Geistesthätigkeit.

Giebt man nun aber nicht das eine dieser Elemente, und zwar das des objectiven Erfolges, geradezu auf, wenn man mit dem Urtheile von Oldenburg annimmt, daß eine Veräußerungshandlung auch dann erfolgreich mit der Paul. act. angegriffen werden kann, wenn zur Zeit der Vornahme jener Handlung Zahlungsunfähigkeit

weder schon vorhanden war, noch auch durch diese herbeigeführt wurde? Ganz gewiß! Man substituirt dem Erforderniß: Zahlungsunfähigkeit, mindestens durch den Verminderungsact, also mindestens zur Zeit dieser Handlung, unmittelbar nach ihr, — Eintritt der Zahlungsunfähigkeit in irgend einem späteren Zeitpunkte. Und mit welchem Rechte geschiehet dies? Man sagt: es reicht aus, daß damals schon die fraudulose Absicht des Schuldners vorhanden war! Man will also das objective Element eines bestimmten, damals schon vorhandenen Erfolges ersetzen durch den (damaligen) Willen des Schuldners und später eintretenden Erfolg.

Gewährt denn in der That aber allein die Absicht des Schuldners — eine Absicht, die nicht schon in dem Augenblicke, in welchem sie gehegt wird, den erkannten Erfolg neben sich hat! — ein ausreichendes Fundament für das Gebäude, welches darauf errichtet werden soll? Wenn die Anfechtbarkeit des fraglichen Actes erst noch von zukünftigen Ereignissen abhängig ist; — von Ereignissen, an deren Vornahme der Schuldner aller Absicht ungeachtet dennoch gehindert werden kann; — von Ereignissen, die, auch wenn sie, wie beabsichtigt, ausgeführt werden, möglicherweise dennoch den hier entscheidenden Erfolg nicht herbeiführen: wird da nicht Alles dem Zufalle anheim gestellt? Ist dann nicht dieselbe fraudulose Absicht des Schuldners, je nach späteren keineswegs allen Einwirkungen des Zufalls entzogenen Ereignissen, bald geeignet zur Begründung der act. Paul., bald hiezu untauglich?!

Wenn man mit dem Urtheile von Oldenburg sagt: für das consilium fraudandi ist nichts weiter erforderlich, als der dem Schuldner bewußte Causalnexus zwischen dem in Frage stehenden Dispositionsacte und der Benachtheiligung der Gläubiger! — so ist dadurch die hier erörterte Frage überall nicht beantwortet. Es wird immer noch entschieden werden müssen: worin besteht denn **der** Causalnexus, den der Schuldner erkannt haben muß? Beantwortet man diese Frage, wie oben geschehen, dahin: der Schuldner muß erkannt haben, daß, wenn er sich nicht bereits zahlungsunfähig wußte, er jedenfalls durch den betreffenden Act in diesen Zustand versetzt werde! — dann kann in Fällen, wie sie dem Urtheile von Oldenburg zum Grunde lagen, an die act. Paul. nicht gedacht werden; denn dieser Causalnexus kann nicht erkannt werden, weil er überall

nicht vorliegt. Der Causalnexus, von welchem das Oldenburger Urtheil spricht, ist ein innerlich durchaus verschiedener! Der Schuldner soll erkennen, daß, **wenn** zu der vorgenommenen Verminderungshandlung noch die Ereignisse hinzutreten, die er damals schon später herbeizuführen beabsichtigte, dann der Erfolg des Zusammenwirkens aller dieser in Frage kommenden Handlungen die Herbeiführung seiner Insolvenz sein werde. Kann man dann aber noch von einem Causalzusammenhange zwischen der anzufechtenden Veräußerungshandlung und der später eintretenden Zahlungsunfähigkeit sprechen! Jedenfalls nicht, sobald man verlangt, daß diese Handlung die alleinige Ursache der Insolvenz sein soll. Sie ist es nicht; denn ihrer Vornahme ungeachtet bleibt der Schuldner zahlungsfähig; es müssen erst noch andere, gleichgeartete Handlungen hinzutreten. Diese setzen allerdings die Verminderung des Vermögens fort und so wird schließlich das Resultat: Zahlungsunfähigkeit leichter erreicht, — vielleicht auch wäre es ohne den betreffenden voraufgehenden Act überall nicht erreicht; — aber es wird doch eben auch nur **erst** durch die späteren Handlungen erreicht! —

Die fraudulose Absicht, welche bei Vornahme einer Verminderungshandlung vorhanden sein muß, besteht darin, daß der Schuldner wenigstens erkennt, wie eben durch diese Handlung die Interessen seiner Gläubiger verletzt werden; nicht aber reicht, um dieser Handlung den Character einer Verletzung der Gläubiger, den sie an sich nicht hat, künstlich zu verschaffen, der Umstand aus, das der Schuldner demnächst noch andere Verminderungshandlungen vornehmen will, — mögen dieselben auch, wenn sie vorgenommen werden, nun allerdings Insolvenz herbeiführen.

Die fraudulose Absicht muß bezüglich des betreffenden Dispositionsactes vorhanden sein! Sie kann dies nicht, wenn der fragliche Act überall die Gläubiger nicht schädigt. Daß der Schuldner demnächst noch andere derartige Acte vornehmen will, kann dem fraglichen Acte eine Eigenschaft, die er nicht hat, auch nicht verleihen. So weit reicht die Gewalt allein der Absicht des Schuldners nicht! Sie kann die Frage nach dem Vorhandensein des objectiven Erfolges der Schädigung der Gläubiger durch den durchaus selbstständig und für sich stehenden Act nicht zu einer überflüssigen machen!

Wenn man nicht gestützt allein darauf, daß der Schuldner das mehrfache Handeln zugleich beabsichtigte, die auf einander folgenden Verminderungshandlungen willkührlich eint und den Erfolg der späteren auch den Erfolg der früheren sein läßt, so ist der frühere Act, der an und für sich noch nicht Zahlungsunfähigkeit herbeiführte, nur erleichternde, bez. vorbereitende Stufe für die spätere Veräußerung, die nun eben so viel von dem (zeitweilig vorhandenen) Vermögen weg nimmt, daß zur Befriedigung der Gläubiger nicht mehr genug übrig bleibt.[1])

II.

Die Anwendung der oben entwickelten Grundsätze auf den Fall der Verletzung der Gläubiger durch Bestellung eines Pfandrechts bietet Schwierigkeiten nicht dar.

1. Befand der Schuldner sich bereits im Zustande der Zahlungsunfähigkeit, als er das (anzufechtende) Pfandrecht einem seiner Gläubiger bestellte: so ist nicht daran zu zweifeln, daß bei dieser Lage der Dinge die übrigen Gläubiger benachtheiligt werden müssen; denn die Mittel, die sonst zu ihrer Befriedigung würden verwendet sein, werden durch das Pfandrecht des bevorzugten Gläubigers vorweg genommen.

2. Die oben unter I. 2. erwähnte Gestaltung: der Schuldner wird (erst) durch die betreffende Verminderungshandlung zahlungsunfähig! — kann, wenn es sich um die Anfechtung eines Pfandrechtes handelt, analoge Anwendung nicht finden.

---

[1]) Auch Franke scheint in den Fällen der gedachten Act. die act. Paul. nicht zuzulassen.

Er lehrt — a. a. O. S. 128 —: „Zu den weiteren Erforderniſſen der Klage zählt man meistens, es müsse der Veräußerer insolvent sein zur Zeit der Veräußerung. Aber man sagt richtiger, entweder muß der Veräußerer schon früher insolvent sein, oder es werden durch gerade diese Veräußerung."

Darüber hinaus will also anscheinend auch Franke nicht gehen! —

Windscheid — Pand. B. II. § 463 Nr. 2 — spricht sich dahin aus: „Diese Absicht (die Gläubiger zu verkürzen) ist anzunehmen, sobald der Schuldner, welcher die Vermögensverminderung vornimmt, weiß, daß er zahlungsunfähig ist, oder daß er sich durch die Vermögensminderung zahlungsunfähig macht."

Durch das einem Gläubiger (freiwillig) eingeräumte Pfandrecht, wird überall aus dem Vermögen des Schuldners nichts weggegeben; der Gesammtheit der Gläubiger wird nichts entzogen; der Schuldner wirkt nur in ungerechtfertigter Weise auf die Vertheilung des ungemindert bleibenden Vermögens ein. Die Pfandrechtsbestellung ist niemals eine Verminderungshandlung, sie ist eine Vertheilungshandlung; ungerechtfertigt, weil sie die Befriedigungsquoten willkührlich ändert. —

3. Von der Gestaltung, wie sie oben unter I. 3. Gegenstand der Erörterung gewesen ist, könnte man, wenn es sich um die Bestellung eines Pfandrechts handelt, versuchen, folgende Anwendung zu machen: der Schuldner, als er einem seiner Gläubiger ein Pfandrecht einräumte, war noch zahlungsfähig; er beabsichtigte aber damals schon eine später in der That auch ausgeführte Verminderungshandlung vorzunehmen, durch welche nun allerdings er in den Zustand der Insolvenz versetzt ist.

Will man unter diesen Umständen einen Angriff auf das bestellte Pfandrecht durch act. Paul. gestatten?

Wenn man, im Gegensatze zu der Anschauung, von welcher das erwähnte Urtheil des Ob.-App.-Gerichts zu Oldenburg ausgeht, schon dann die act. Paul. nicht zuläßt, wenn nicht mindestens die anzufechtende Verminderungshandlung selbst den Zustand der Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt hat; wenn man es für stattnehmig nicht hält, den Erfolg der Zahlungsunfähigkeit als herbeigeführt schon dann anzusehen, wenn er erst eintritt unter Mitwirkung damals von Schuldner allerdings schon beabsichtigter, aber später erst ausgeführter Veräußerungen: so wird man im vorliegenden Falle gar kein Bedenken tragen, die act. Paul. als unzuläßig zurückzuweisen.

Der entscheidende Grund ist dann einfach die Thatsache: als das fragliche Pfandrecht bestellt wurde, war der Schuldner noch im Stande allen seinen Gläubigern gerecht zu werden.

Aber auch wenn man bezüglich der gewöhnlichen Fälle der act. Paul. der weiter gehenden Anschauung den Vorzug giebt; — bezüglich der Anfechtung von Pfandrechten treten dem doch noch besondere Bedenken entgegen.

Es war in den früher besprochenen Fällen wenigstens möglich, die frühere und die spätere Verminderungshandlung in der Weise als

einheitlich Geschehenes zusammenzufassen, daß der in der That erst durch die spätere Veräußerung herbeigeführte Erfolg der Zahlungsunfähigkeit nun als Erfolg auch des früheren Dispositionsactes angesehen wurde auf Grund eben des einenden Bandes, welches die Absicht des Schuldners um dieses mehrfach Geschehene schlingt: — wie aber ist eine auch nur annähernd ähnliche Behandlung thunlich, wenn der Schuldner zunächst nur ein Pfandrecht bestellt hat! Hierdurch wird das Vermögen überall nicht verringert! Es ist also nicht möglich, einen durch diese Handlung bereits herbeigeführten verringernden Erfolg mit dem Erfolge späterer Acte zu combiniren. Es ist das nicht möglich, denn die Pfandrechtsbestellung hatte einen derartigen Erfolg überall nicht!

Man ist somit, wenn man dennoch die angedeutete Anschauung billigen will, gezwungen, Alles nackt auf den Willen des Schuldners zu stellen. Man muß sagen: allerdings, als der Schuldner das fragliche Pfandrecht dem betreffenden Gläubiger bestellte, war er zahlungsfähig, und diese Bestellung verletzt deshalb die übrigen Gläubiger nicht; da er aber damals schon an die später vorgenommenen Verminderungshandlungen dachte und durch diese in der That Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt ist: so wird nun — gleichsam von rückwärts — die geschehene Pfandrechtsbestellung zu einer widerrechtlichen, die Interessen der nicht bedachten Gläubiger benachtheiligenden!

Dennoch scheint auch in diesem Falle das Ob.-App.-G. zu Oldenburg die act. Paul. unbedenklich zuzulassen. Es heißt weiter in dem schon angeführten Urtheile:

„Das Bewußtsein dieses Causalnexus kann auch der noch solvente Schuldner haben. Wenn ein solcher z. B. in naher Zukunft einen bedeutenden Vermögensverlust erwartet, den Untergang eines von ihm befrachteten Schiffes oder sonst den Ausgang eines gewagten Geschäftes fürchtet, und nun einem seiner Gläubiger eine Hypothek bestellt, um ihn vor den übrigen gegen die Folgen dieses erwarteten oder nur befürchteten Vermögensverlustes zu sichern, so ist an seinem Bewußtsein, daß diese Hypothekenbestellung die übrigen Gläubiger benachtheiligen werde oder könne, nicht zu zweifeln, der animus fraudandi des Schuldners daher als vorhanden anzunehmen. Ein Schuldner ferner,

welcher während seiner Solvenz einem Gläubiger Hypothek bestellt, um denselben im voraus gegen eine von ihm beabsichtigte Verschleuderung oder Verkürzung seines Vermögens sicher zu stellen, handelt offenbar dolos und die actio Pauliana kann den auf solche Weise benachtheiligten Gläubigern nicht aus dem Grunde abgesprochen werden, weil der Schuldner zur Zeit der Hypothekbestellung noch solvent war. Dasselbe muß gelten, wenn ein Kaufmann in dem Bewußtsein, der augenblicklichen Insolvenz ungeachtet, wegen unglücklicher Verhältnisse sein Geschäft nur noch kurze Zeit halten zu können, einem seiner Gläubiger Hypotheken bestellt, um denselben gegen die schlechte Verwerthung seines Waarenlagers in einem Concurse und dergleichen Eventualitäten sicher zu stellen."

Wohin gelangt man auf diesem Wege?! Wo bleibt der „eventus" eben der anzufechtenden Handlung?! —

---

§ 3.

I.

Es ist bislang vorausgesetzt, daß die vom Schuldner vorgenommenen Veräußerungsacte stets auch Verminderungshandlungen waren, d. h. den Erfolg der Minderung des schuldnerischen Vermögens herbeigeführt haben.

Allein der Grundsatz, daß eben auch nur eine derartig wirkende Veräußerungshandlung durch act. Paul. angefochten werden kann, scheint nicht ungetheilte Anerkennung gefunden zu haben. Es treten dabei, wenn auch in etwas anderer Form, dieselben Gesichtspunkte wieder hervor, mit welchen sich der vorhergehende § beschäftigt hat. —

Wenn der (zahlungsunfähige) Schuldner aus seinem Vermögen weggiebt, **ohne** ein Aequivalent für das Weggegebene zu empfangen, so ist nicht daran zu zweifeln, daß dieser Act die Gläubiger benachtheiligt; sie werden dann ja noch weniger erhalten; das Weggegebene kann nicht mehr zu ihrer Befriedigung verwendet werden. Ebendeshalb kann der fragliche Act mittels der Paul. act. angegriffen werden. —

Wie aber, wenn der Schuldner **gegen** Aequivalent weggiebt, z. B. verkauft oder vertauscht?

Es besteht keine Vorschrift, welche dem Schuldner, auch dem, der sich seiner Zahlungsunfähigkeit vollständig bewußt ist, geböte, sein Vermögen in der jeweiligen Erscheinungsform zu belassen. Warum sollte er z. B. an der Vermehrung des Vermögensbestandes gehindert sein, auch wenn dieselbe durch Verkauf oder Tausch erreicht wird. Er soll nur nicht vermindern!

Von diesem Standpunkte aus gelangt man zu folgendem Resultate: wenn das Aequivalent, für welches der Schuldner weggiebt, den Werth des veräußerten Gegenstandes übersteigt oder auch nur erreicht, — so ist das Vermögen des Schuldners nicht vermindert; mithin das Interesse der Gläubiger nicht verletzt. Der betreffende Act kann deshalb mittels der act. Paul. nicht angefochten werden!

Gesetzt, X, bereits zahlungsunfähig, verkauft seinen Sklaven Stichus, der 100 werth ist, für 120. Niemand wird daran denken, dieses Geschäft anzufechten; X gewinnt für die Gläubiger 20. Angenommen, er verkauft für 80; — der Verkauf wird unter Umständen angefochten werden können. Gesetzt endlich, er verkauft für 100; — wird dieses Geschäft jemals angefochten werden dürfen?

Wenn man bei der zu ertheilenden Antwort nur das Geschäft selbst in's Auge faßt, so kann die Antwort nicht wohl zweifelhaft sein. Worüber sollten die Gläubiger sich beklagen? Das Vermögen ist nicht vermindert! Ob die 100 dargestellt werden im Stichus oder in irgend welcher Münzsorte, kann für sie nicht von Interesse sein. Die Möglichkeit späteren günstigen oder ungünstigen Einflusses bei etwaiger Versilberung bleibt einflußlos; sie ist überall nicht zu berechnen! —

Auf einem grundsätzlich verschiedenem Standpunkte steht folgendes Urtheil des Ob.-App.-Gerichts Wiesbaden (Seuffert, XXI. Nr. 184):

> „Das Paulianische Rechtsmittel — — setzt voraus, daß der Schuldner, in der Absicht der Verkürzung seiner Gläubiger und mit dem Erfolge einer Verminderung der Mittel zu deren Befriedigung einen Bestandtheil seines Vermögens veräußert —. Von diesen Voraussetzungen wird die der Vermögensverminderung durch jede Handlung, vermöge deren ein Bestandtheil des Vermögens aus dem letzteren hinwegfällt, bewirkt,

L. 3 § 2 D. h. t. — qui aliquid fecit, ut desinat habere, quod habet —

und es tritt demnach, namentlich bei einem onerosen Geschäfte, schon durch die Uebertragung des Gegenstandes der Veräußerung aus dem Vermögen des veräußernden Schuldners, also bei einem Verkaufe durch Ueberlieferung der verkauften Sache, ohne alle Rücksicht auf die Gegenleistung ein, indem hierdurch der Gegenstand der Veräußerung, welcher ein Mittel zur Befriedigung der Gläubiger abgeben kann, diesem entzogen wird und somit die vorhandenen Mittel zu deren Befriedigung verringert werden." —

Wohin führt diese Anschauung? Der Schuldner darf von dem Augenblicke an, in welchem er sich seiner Insolvenz bewußt wird, kein Geschäft mehr eingehen, durch welches er irgend ein Stück seines Vermögens fort giebt. Er darf die jeweilige Erscheinungsform seines Vermögens nicht ändern. Mag das Aequivalent, welches er z. B. für einen verkauften oder vertauschten Gegenstand erhält, auch noch so ausreichend sein, mag es selbst den veräußerten Gegenstand an Werth überragen so viel es will; — einerlei, immer enthält die Weggabe dieses Gegenstandes eine Verminderung der Befriedigungsmittel! Und diese Auffassung würde dieselbe auch dann bleiben müssen, wenn z. B. der (angemessene) Kaufpreis dem verkaufenden Schuldner bereits gezahlt wäre, noch ehe dieser den verkauften Gegenstand übergeben hat; denn in dem Vermögen des Schuldners befanden sich ja nun neben einander der verkaufte Gegenstand und das Aequivalent. Indem also der Schuldner den verkauften Gegenstand weggiebt, vermindert er jedenfalls den augenblicklichen Vermögensbestand.

Dieser Theorie zuzustimmen wird man gerechtes Bedenken tragen. Wenn es in L. 3 D. h. t. heißt: qui aliquid fecit, ut desinat habere, quod habet, so ist dadurch ganz sicherlich nicht gesagt: der Schuldner soll die einzelnen Gegenstände, die er zufällig besitzt, nicht zu besitzen aufhören! — sondern nur: der Schuldner soll die Gesammtheit der ihm zu Gebote stehenden Erfüllungsmittel nicht vermindern; eine Messung mit dem allgemeinen Werthmesser Geld darf nicht zu einem geringern Gesammtbetrage führen! Welches vernünftige Interesse könnten die Gläubiger daran haben,

ob der Schuldner den Stichus besitzt, der 100 werth ist, oder den Pamphilus, der ebensoviel werth ist; sie erhalten weder den Stichus, noch den Pamphilus, sondern immer nur den Betrag ihres Anspruches. Sie interessirt deßhalb auch nur der Werth jedes Gegenstandes; denn aus diesen einzelnen Werthen setzt sich der Gesammtbetrag des Vermögens des Schuldners zusammen. Die Erscheinungsform der Befriedigungsmittel ist ohne alles Interesse für sie! Es kann demnach in der Veräußerung eines Vermögensstückes an sich niemals eine Verletzung ihrer Interessen liegen, sobald nur das erlangte Aequivalent mindestens ebensoviel werth ist, als jenes weggegebene Stück! —

Wenn das mitgetheilte Urtheil auch von der „Absicht der Verkürzung der Gläubiger" spricht, so ist nicht klar zu ersehen, wie der Fall lag.

Sollte indessen — wie es scheint — diese Absicht schon darin erblickt werden, daß der Schuldner überall ein Stück seines Vermögens weggiebt, einerlei, ob mit Gewinn oder wenigstens doch gegen ausreichendes Aequivalent; — so muß dem widersprochen werden. Der Schuldner konnte eine fraudulose Absicht nicht haben; denn diese setzt mindestens voraus, daß er — richtig! — die Benachtheiligung der Gläubiger durch den fraglichen Act erkannt habe. Bei ausreichender Gegenleistung tritt ein solcher Erfolg überall nicht ein; kann also auch nicht erkannt werden! — —

Wenn man die oben entwickelte Anschauung theilt, so wird man zu einer Anfechtung von Geschäften der bezeichneten Art — der Schuldner hat ein Aequivalent von mindestens gleichem Werthe erhalten! — überall wohl nur gelangen können, indem man, ganz ebenso, wie in einem schon früher besprochenen Falle, spätere Verminderungshandlung um deswillen mit dem fraglichen Geschäfte in Verbindung setzt, weil damals schon der Schuldner sie vorzunehmen, vielleicht eben an dem durch das Geschäft Erworbenen vorzunehmen, beabsichtigt hatte.

Aber — mit Recht wird man so fragen dürfen! — ist es denn zulässig, die verschiedenen Acte in solcher Weise zu einer einheitlichen Verminderungshandlung zusammenzufassen? Muß nicht das frühere Geschäft unter allen Umständen und ganz ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner damals schon an eine später auch aus-

geführte (wirkliche) Verminderungshandlung dachte, um deswillen vor jeder Anfechtung gesichert sein, weil eben ein an Werth mindestens gleiches Aequivalent in das Vermögen des Schuldners gelangt ist?!

Die Ansicht, daß, auch wenn der Schuldner ein vollkommen ausreichendes Aequivalent erhalten habe, dennoch unter Umständen das fragliche Geschäft angefochten werden könne, vertritt ein Urtheil des Ob.-App.-Gerichts zu Kiel (aus d. Jahre 1856; Seuffert XII. Nr. 113) mit folgenden Gründen:

„Der Justificat hat — — auch — angeführt, daß, wenngleich der gezahlte Kaufpreis dem Werthe der Kaufobjekte entsprechen möge, dennoch die Creditoren, weil die Kaufsumme zur Zeit der Eröffnung des Concurses nicht in der Masse vorhanden gewesen, durch die fraudulose Veräußerung benachtheiligt worden seien.

Durch diese Thatsachen wird aber die except. bez. act. Pauliana genügend begründet; namentlich steht auch der Umstand, daß zum **vollen** Werthe verkauft worden, der Begründung dieses — Rechtsmittels in objektiver Beziehung **nicht** entgegen, indem die Paulianische Klage und Einrede zwar voraussetzt, daß die fraus Erfolg gehabt,

L. 10 § 1 D. h. t.

der Eintritt eines solchen Erfolges aber in den Gesetzen und namentlich in der nur den allerdings gewöhnlichen Fall eines betrüglichen Verkaufes unterm Werthe supponirenden

L. 7 D. h. t.

nicht davon bedingt ist, daß das fraudulose Geschäft gerade in dem Augenblicke, wo es eingegangen, eine Verminderung des schuldnerischen Vermögens verursacht hat; vielmehr ist ein zur Begründung der act. u. except. Paul. genügender Nachtheil für die Creditoren auch dann anzunehmen, wenn der Schuldner den vollen Werth der veräußerten Objecte empfangen hat, zur Zeit der Concurseröffnung aber das an die Stelle der veräußerten Gegenstände getretene Aequivalent nicht mehr in der Masse vorgefunden wird, sofern nur dieses Fehlen desselben in der Masse in der fraus des Cridars seinen Grund hat.“ —

Aus dem Urtheile ist mit voller Klarheit nicht zu ersehen, ob überall auch nur soviel verlangt wird, daß die fraudulose Absicht

des Schuldners, durch deren Ausführung eben das erworbene Aequivalent wiederum aus dem Vermögen des Schuldners ausscheidet, damals **schon** von dem Schuldner gehegt wurde, als er das Geschäft einging, welches ihm das fragliche Aequivalent verschafft hat. Allein, daß wenigstens dies gefordert werden muß, liegt auf der Hand. Wie wäre es möglich, der Handlung des Schuldners, selbst wenn hierzu die böse Absicht des Handelnden allein schon sollte ausreichend sein, eine bestimmte Eigenschaft zu verleihen, sobald die betreffende Absicht zur Zeit, als jene Handlung vorgenommen wurde, überall noch nicht gehegt war, vielleicht der betreffende Entschluß, der dann allerdings an dem Erworbenen ausgeführt wird, erst später gefaßt ist! Aber auch abgesehen ganz hiervon, — die Veräußerungshandlung soll rescindirt, dem Mitcontrahenten das Erlangte entrissen werden; dazu ist erforderlich, daß er fraudis conscius war. Entscheidend aber hierfür ist einzig und allein der Augenblick, in welchem das Geschäft abgeschlossen wurde! Hatte der Schuldner damals (noch) keine fraudulose Absicht, so kann der Mitcontrahent auch eine solche nicht gekannt haben. Wozu der Schuldner sich vielleicht später entschließen wird — wie könnte ein Dritter das im voraus wissen! Und was geht es ihn an! Er kann ja auf diese Entschlüsse überall nicht einwirken!

Es ist deßhalb, um überall zu der Entscheidung gelangen zu können, zu welcher das Urtheil von Kiel gelangt, unabweisbare Voraussetzung, daß die später ausgeführte fraudulose Absicht bei dem Schuldner schon vorhanden war, als er das fragliche Geschäft einging.

Gesetzt aber auch, dieser Voraussetzung sei entsprochen; — dennoch erscheint die ergangene Entscheidung höchst bedenklich!

Zunächst greifen auch hier die Gründe wiederum Platz, die an einem früheren Orte bereits ausführlich geltend gemacht sind. Man verläßt vollständig den realen Boden des Elementes der Benachtheiligung durch das anzufechtende Geschäft und stellt Alles auf den Willen des Schuldners, — der Zukunft überlassend, ob sie diesen Willen in der beabsichtigten Weise, ob sie ihn überall zur Ausführung bringen wird.

Im vorliegenden Falle scheinen außerdem die geltend gemachten Bedenken noch sehr viel berechtigtere zu sein. War es in dem früher

besprochenen Falle, in welchem der betreffende Act, auch wenn er nicht zur Zahlungsunfähigkeit führt, immer doch das Vermögen des Schuldners mindert, vielleicht noch möglich, diese Minderung mit der durch spätere Veräußerungen herbeigeführten Insolvenz in Zusammenhang zu bringen und diese als einen Erfolg auch des früheren Actes um deswillen zu betrachten, weil das Vermögen doch ja auch durch diesen Act der Unzulängligkeit näher gebracht ist: — in dem erörterten Falle versagt auch dieses Aushilfsmittel seine Dienste. Denn der betreffende Dispositionsact hat das Vermögen nicht vermindert! Es ist ein Aequivalent von mindestens gleichem Werthe erlangt! Die Gläubiger sind überall durch diesen Act nicht benachtheiligt; es giebt somit keinen durch diesen Act herbeigeführten Nachtheil, der, indem er das Vermögen des Schuldners mindert, vorbereitend für eine später eintretende Zahlungsunfähigkeit einwirken könnte! —

Man erwäge weiter Folgendes.

Mit welchem Rechte will man den Dritten, der ein volles Aequivalent für den erworbenen Gegenstand gegeben hat, strafen! Kann er nicht einwenden: was geht es mich an, in welcher Weise mein Mitcontrahent über das erlangte Aequivalent zu disponiren beabsichtigt! Ich bin doch nicht verpflichtet die Interessen seiner Gläubiger dadurch zu schützen, daß ich das Geschäft von der Hand weise! Ich thue Alles, was überall von mir nur verlangt werden kann, wenn ich die Gläubiger meines Mitcontrahenten nicht durch das eingegangene Geschäft benachtheilige; das aber thue ich nicht, wenn ich den vollen Werth als Aequivalent zahle!

Und der Dritte, wenn er so argumentirt, hat vollkommen recht!

Der Gesetzgeber verbietet ihm allerdings, die Interessen der Gläubiger seines Mitcontrahenten (wissentlich) in der Weise zu schädigen, daß er (durch seine Gegenleistung) nicht (mindestens) ebensoviel in das Vermögen des Mitcontrahenten (des Schuldners) gelangen läßt, als er aus demselben erwirbt; — aber das ist doch ohne alle Frage eine Auflage gänzlich andern Inhalts, als ein Geschäft, auch wenn durch dasselbe das Vermögen des Mitcontrahenten nicht vermindert wird, dennoch **nicht einzugehen**, weil zu befürchten ist, — denn mehr als Befürchtung, wenn auch vielleicht sehr gegründete, kann in diesem Augenblicke noch nicht vorhanden sein! — daß der Mit-

contrahent das Erworbene nicht im Interesse seiner Gläubiger verwenden werde! Unmittelbar kann der Dritte überall nicht darauf einwirken, daß der mit ihm contrahirende Schuldner nicht in einer bestimmten Weise über sein Vermögen verfüge. Welch gewaltiger Sprung nun! Um diese Einwirkung auf einem Umwege zu erreichen, soll der Dritte ein bestimmtes Geschäft mit dem Schuldner überall **nicht eingehen**; nicht, weil durch Abschluß dieses Geschäftes das Vermögen des Schuldners verringert würde, sondern weil dieser damals schon mit der bedungenen Leistung, wie dem Dritten bekannt, in der einen oder andern Weise zu verfahren beabsichtigte!

Wo ist dem Dritten eine so weit gehende Verpflichtung auferlegt? Er kann nicht dafür aufkommen, wie der Mitcontrahent den Erwerb aus dem fraglichen Geschäfte verwendet! Aber weil er das nicht kann, deshalb nun zu sagen: unter diesen Umständen mußt Du energischer helfen; Du darfst das Geschäft garnicht eingehen; dann giebt es sicherlich keinen Erwerb aus demselben, an welchem die Rechte der Gläubiger mißachtet werden können! — wo ist die positive Rechtsnorm, auf Grund deren allein es gestattet sein könnte, der freien Entschließung des Dritten einen solchen Zwang aufzuerlegen? —

So ganz ohne alle Bedeutung für die richtige Anschauung ist denn doch endlich auch der Ausspruch des Paulus in L. 7. D. h. t. keineswegs. Der Jurist sagt:

> „Si debitor in fraudem creditorum minore pretio fundum scienti emptori vendiderit, deinde hi, quibus de revocando eo actio datur, cum petant: quaesitum est, an pretium restituere debent?“

Paulus will mithin nicht die Frage erörtern: wann kann der Verkauf einer Sache des Schuldners mittels der act. Paul. angefochten werden? — sondern er prüft, ob die Rückgabe z. B. eines verkauften Grundstückes nur gegen Zurückzahlung des erlangten Kaufpreises gefordert werden kann. Für diese Erörterung sind ihm die Einzelnheiten des geschehenen Verkaufes gleichgiltig; es genügt, wenn überall nur das Geschäft mit der Paul. act. angefochten werden kann. Wenn der Jurist nun dennoch ausdrücklich hervorhebt, daß der Schuldner „minore pretio“ verkauft habe, so liegt die Vermuthung recht nahe, daß eben nur unter dieser Voraussetzung

der fragliche Verkauf anfechtbar war; daß eben nur unter dieser Voraussetzung der Jurist zu der eigentlich erörterten Frage gelangen konnte. —

Mit der entwickelten Grundanschauung stimmt — anscheinend! — überein folgendes Urtheil des Ob.-App.-Gerichts zu Berlin (aus d. J. 1871; Seuffert XXVIII. Nr. 90):

„Die Paulianische Klage erfordert zu ihrer Begründung eine in Folge des angefochtenen Veräußerungsactes eingetretene Minderung des Vermögens des Schuldners nur in dem Sinne, daß ein Theil des bisherigen Vermögens des Schuldners ausgeschieden und der verbliebene oder durch eine etwaige Gegenleistung ergänzte Bestand dieses Vermögens, im Vergleich zu dem höheren, ein minder genügendes Object der Hülfsvollstreckung gewähren muß. Auf ein Mißverhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung ist dabei das maßgebende Gewicht nicht zu legen."

Wenn der Bestand des Vermögens (des veräußernden Schuldners) überall nicht durch eine Gegenleistung „ergänzt" wird; — dann liegt eine liberale Zuwendung vor. An einer „Minderung" des Vermögens zum Nachtheil der Gläubiger ist dann nicht zu zweifeln!

Wenn der durch die fragliche Gegenleistung ergänzte Bestand (des Vermögens des veräußernden Schuldners) im Vergleich zu dem früheren Zustande, d. h. zu dem Zustande unmittelbar vor Vornahme des Veräußerungsactes, ein minder genügendes Object der Hülfsvollstreckung nicht gewährt; — dann sind eben die dem Schuldner zu Gebote stehenden Befriedigungsmittel nicht verringert. Das fragliche Geschäft hat somit die Interessen der Gläubiger nicht benachtheiligt! Es kann vom Standpunkte des Paulianischen Gesetzes aus nicht angegriffen werden!

Wie man aber, wenn man diese Voraussetzungen für richtig hält, zu dem Satze gelangen kann:

„Auf das Mißverhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung ist dabei das maßgebende Gewicht nicht zu legen,"

ist nicht leicht einzusehen.

Allerdings ist ein solches Mißverhältniß (für die Anwendung des Paulianischen Gesetzes) vollkommen bedeutungslos, wenn dasselbe in

der Weise eintritt, daß der Dritte mehr giebt, als er (von seinem Mitcontrahenten, dem Schuldner) erhält. Dabei können die Gläubiger des letzteren nur gewinnen. Anders aber, wenn dieser mehr giebt, als er erhält. Dieses Mißverhältniß schädigt die Gläubiger. Es ist dann zu ihrer Befriedigung weniger vorhanden, als früher; und die Schuld hiervon trägt allein der betr. Veräußerungsact. Es soll aber nach der mitgetheilten Entscheidung eben darauf ankommen: ob der durch eine etwaige Gegenleistung ergänzte Bestand des Vermögens (des Schuldners) im Vergleich zu dem früheren (Bestande) ein minder genügendes Object der Hülfsvollstreckung gewährt!

Die Entscheidung dieser Frage hängt doch ganz unabweisbar von der Größe (dem rechtlichen Werthinhalte) der betreffenden Gegenleistung ab. Und eben nur der Werthinhalt der fraglichen Leistung wird ins Auge gefaßt werden dürfen; nicht die größere oder geringere Leichtigkeit der Hülfsvollstreckung! Deshalb spricht das Urtheil auch von einem „genügenden Objecte der Hülfsvollstreckung." [1]) —

---

[1]) Auf dem oben gebilligten Standpunkte steht offensichtlich das hannöversche Gesetz vom 2. Juli 1864.

Zwar spricht der Gesetzgeber seine Meinung nicht in dispositiven Worten aus; aber die Bestimmungen, die er getroffen hat, lassen deutlich erkennen, daß er von jener Grundanschauung ausgeht.

Der § 2 des gedachten Gesetzes schreibt vor:

„Veräußerungen, welche Schuldner zum Nachtheile ihrer Gläubiger vorgenommen haben, können — — von jedem benachtheiligten Gläubiger angefochten werden." —

Hieraus möchte Folgendes sich ergeben:

a. Nur die Benachtheiligung, welche durch die betreffende Veräußerung selbst herbeigeführt ist, kann in Frage kommen. Wenn, damit überall nur eine Benachtheiligung eintrete, erst noch späteres Handeln des Schuldners, welches einen integrirenden Theil der betreffenden Veräußerung nicht bildet, zu dieser hinzu treten muß, so ist eben nicht durch die betreffende Veräußerung, d. h. nur durch sie, die Benachtheiligung herbeigeführt. Der fragliche Dispositionsact besitzt dann die Eigenschaft nicht, durch welche — nach der Anschauung des Gesetzgebers — seine Anfechtbarkeit bedingt wird!

b. Nur wenn man daran festhält, daß allein die Benachtheiligung in Frage kommt, die der betreffende Dispositionsact selbst, und nur er herbeigeführt hat, kann von einem „durch die Veräußerung benachtheiligten Gläubiger" sprechen. Andernfalls — nur von

Auch wenn man den Grundsatz als richtig anerkennt, daß eine Veräußerungshandlung, welche der Schuldner vornimmt, dann die Interessen der Gläubiger nicht benachtheiligt, wenn ein an Werth mindestens gleiches Aequivalent statt des veräußerten Gegenstandes in das Vermögen des Schuldners gelangt ist; — dennoch können immerhin Gestaltungen eintreten, bei welchen die Anwendung jenes Grundsatzes keineswegs über allen Zweifel erhaben ist.

Gesetzt, das Geschäft ist ein gewagtes; die Größe der Gegenleistung hängt von Zufälligkeiten ab; z. B., der Dritte hat als Gegenleistung versprochen, den Schuldner bis zu seinem Tode zu alimentiren. Diese Gegenleistung kann von sehr viel höherem Werthe sein, als die Leistung des Schuldners, wenn dieser eben lange lebt; sie kann äußerst geringen Werth haben, wenn derselbe bald nach Abschluß des Geschäftes stirbt. Will man nun den Maßstab der Beurtheilung immer nur der Gestaltung der Dinge entnehmen, die in Wirklichkeit eingetreten ist; — also z. B. in dem erwähnten Falle, sobald der Dritte durch frühen Tod seines Mitcontrahenten sehr bald von der übernommenen Alimentationsverbindlichkeit befreit wurde, stets sagen: die Gegenleistung enthält kein ausreichendes Aequivalent; das Geschäft kann deshalb durch act. Paul. angefochten werden?!

Eine solche Anschauungsweise scheint wenig gerecht zu sein. Man wird das Geschäft selbst prüfen müssen; objectiv; so, wie es eben abgeschlossen ist. Läßt sich dann bei verständiger Beurtheilung nicht behaupten, daß der Schuldner gegen ungenügendes Aequivalent weggegeben habe, so wird das Geschäft auch aufrecht erhalten werden müssen; — einerlei, wie die Zukunft gestaltend auf dasselbe einwirkt.

Nirgend ist dem Schuldner verboten, gewagte Geschäfte einzugehen! —

Gläubigern, die benachtheiligt sind durch die betreffende Veräußerung und anderes Handeln des Schuldners!

Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß der Schuldner vielleicht damals schon, als er die betreffende (an sich nicht benachtheiligende) Veräußerung vornahm, die später ausgeführten (benachtheiligenden) Verminderungshandlungen beabsichtigte. Was er später thun oder lassen will, kann doch dem fraglichen Acte eine objective Eigenschaft, die derselbe in Wahrheit nicht besitzt, auch nicht künstlich beilegen! —

Indessen auch noch nach einer andern Richtung hin kann der erörterte Fall zu Bedenken Anlaß geben. Man könnte sagen: wenn ein Geschäft um deswillen der Anfechtung von Seiten der Gläubiger entzogen sein soll, weil ein ausreichendes Aequivalent für den weggegebenen Gegenstand in das Vermögen des Schuldners gelangt ist, so muß dieses Aequivalent eben ein derartiges sein, daß es überall Mittel zur Befriedigung der Gläubiger darbietet. Bei der ausbedungenen Alimentationspflicht ist das nicht der Fall! Denn wenn auch noch bei Lebzeiten des Schuldners Concurs über sein Vermögen ausbricht, und wenn auch vielleicht einzelne der Alimentationsleistungen als nicht an seine Person geknüpft zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden dürfen: so trifft das doch sicherlich nicht überall zu. Es kann somit diese Leistung vom Standpunkte der Gläubiger aus ein Aequivalent überall nicht genannt werden! Und eben ein Aequivalent in diesem Sinne müßte vorliegen, damit den Gläubigern, im Hinblick darauf, daß sie durch das fragliche Geschäft nicht benachtheiligt seien, die Befugniß zur Anfechtung desselben versagt werden dürfte!

Dem gegenüber möchte jedoch Folgendes festzuhalten sein. Allerdings wird den Gläubigern die act. Paul. versagt, weil sie, wenn der Schuldner gegen ein ausreichendes Aequivalent weggegeben hat, insofern, aber auch nur insofern nicht benachtheiligt sind, als das Vermögen des Schuldners seinem rechtlichen Inhalte nach nicht verringert ist; factisch mögen, namentlich in dem Augenblicke, in welchem es sich um die Befriedigung der Gläubiger handelt, häufig Nachtheile für dieselben eintreten, so z. B. durch erschwerte Versilberung, durch Preisminderung u. d. m.; allein darauf kommt nichts an! Es entscheidet der Zustand, wie er eben durch das fragliche Geschäft geschaffen wird! Und der contrahirende Schuldner braucht nicht auch noch in der Weise den Interessen seiner Gläubiger förderlich zu sein, daß er nicht allein nicht anders, als gegen ausreichendes Aequivalent, sondern auch nur gegen ein **solches** Aequivalent veräußert, welches den Gläubigern Befriedigungsmittel darbietet. Er darf bei der ausbedungenen Gegenleistung zunächst an sich denken; und nur insoweit muß er auch der Interessen der Gläubiger eingedenk sein, als er den rechtlichen Inhalt seines Vermögens nicht vermindern darf!

Im vorliegenden Falle kommt noch hinzu, daß ja, wenn der Dritte den Schuldner alimentirt, die Kosten der Alimentation nicht dem eigenen Vermögen des Schuldners entnommen zu werden brauchen; insofern dieses mithin an Umfang gewinnt. Nun hört zwar diese Vermehrung auf, den Gläubigern von Interesse zu sein, sobald das Vermögen des Schuldners zu ihrer Befriedigung verwendet wird; aber es kann doch wohl dem Schuldner, obwohl er seine Insolvenz kennt, nicht als fraudulose Absicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn er immer noch die Mittel zur Befriedigung seiner Gläubiger sich zu verschaffen, somit den Ausbruch des Concurses abzuwenden hofft! —

Wenn der Schuldner den Sklaven Stichus, der 100 werth ist, für diesen Preis verkauft hat, so sind die Interessen der Gläubiger dann jedenfalls nicht benachtheiligt, wenn der bedungene Kaufpreis in der That auch dem Verkäufer geleistet ist; — niemals also, wenn bei ausreichender Gegenleistung Zug um Zug gehandelt ist. Gesetzt aber, der Schuldner hat den Stichus allerdings für 100 verkauft, auch seinerseits geleistet; er hat aber dem Käufer Credit ertheilt; der Käufer macht Concurs, der Kaufpreis ist nicht zu erlangen. Kann nun das Geschäft angefochten werden?

Die Frage wird verneint werden müssen; — vorausgesetzt, daß der verkaufende Schuldner nicht eben in frauduloser, von dem Dritten gekannter Absicht Credit gegeben hatte. War dies geschehen, so war nur der Schein einer (ausreichenden) Gegenleistung erstrebt; in Wahrheit war ein Aequivalent überall nicht gewollt! Sobald aber das Geschäft, auch wenn die Crediterteilung mit in Betracht gezogen wird, dennoch bei gerechter Beurtheilung als ein solches sich darstellt, daß von ihm mit Fug nicht behauptet werden kann, der Schuldner habe, indem er es einging, sein Interesse nicht genugsam gewahrt! — so wird dasselbe auch dann einer Anfechtung nicht ausgesetzt werden dürfen, wenn demnächst die bedungene Gegenleistung nicht erlangt werden kann.

Auch hier wird entscheidend sein müssen der Zustand der Dinge, wie er eben durch den Abschluß des fraglichen Geschäftes geschaffen wird; spätere Ereignisse können nicht dazu benutzt werden der Eingehung desselben einen Character zu verleihen, der dieser an sich nicht inne wohnt. Und nirgend ist ja dem Schuldner verboten, seinem Mitcontrahenten Credit zu ertheilen! —

II.

Für die oben erörterten Fragen ist nur wenig Raum, wenn es sich um die Verletzung der Gläubiger durch Bestellung eines Pfandrechts handelt.

Es werden seltene Fälle sein, in welchen der Gläubiger, dem der Schuldner für ein schon vorhandenes Forderungsrecht (ungezwungen) ein Pfandrecht bestellt, die Bestellung dieses Rechtes durch eine Gegenleistung erkauft. Erst wenn überall der Fall der Prästation einer wahrhaften Gegenleistung vorliegt, wird die Prüfung der Frage Interesse darbieten, ob durch diese Gegenleistung die Interessen der mit einem Pfandrecht nicht bedachten Gläubiger in der Art gefördert sind, daß hiedurch die Benachtheiligung, die ihnen durch Einräumung eines Pfandrechts an einen Mitgläubiger zugefügt ist, vollständige Ausgleichung gefunden hat.

Ist dies geschehen, so wird den Gläubigern die act. Paul. versagt werden müssen schon aus dem einfachen Grunde, weil sie durch das fragliche Pfandbestellungsgeschäft überall nicht benachtheiligt sind.

Die Betrachtung jedoch der Fälle dieser Art geschiehet zweckmäßiger in einer andern Verbindung an einem späteren Orte. —

Wird aber von dem betreffenden Gläubiger für die Einräumung des Pfandrechts eine Gegenleistung nicht gegeben: so liegt es in der Natur der Verhältnisse, daß dann unter allen Umständen Mitgläubiger benachtheiligt werden. Der Schuldner ist ja insolvent, d. h. sein Vermögen reicht zur Befriedigung aller seiner Gläubiger nicht aus. Wenn nun von diesen an sich schon unzulänglichen Befriedigungsmitteln ein gewisser Theil zur Befriedigung des Gläubigers vorweg genommen wird, der eben durch Einräumung des Pfandrechtes in diese bevorzugte Lage gebracht ist, so werden Mit-Gläubiger da sein, die nun noch weniger erhalten, als sie erhalten haben würden, wenn nicht dem betreffenden Gläubiger das fragliche Pfandrecht eingeräumt wäre. —

§. 4.

I.

A. Dem Schuldner ist untersagt, die Interessen seiner Gläubiger durch Verminderung seines Vermögens zu benachtheiligen; die benachtheiligten Gläubiger können — unter Umständen — den betreffenden Verminderungsact anfechten.

Durch den betreffenden Act können somit nur Personen verletzt sein, die in dem Augenblicke, in welchem derselbe vorgenommen wurde, **bereits** Gläubiger des Veräußerers waren; andere Personen, mögen sie auch demnächst Gläubiger des betreffenden Schuldners werden, waren es doch in dem entscheidenden Augenblicke nicht; können also in dieser überall noch nicht vorhandenen Eigenschaft auch nicht vom Schuldner verletzt sein.

L. 10. §. 1. D. h. t. (Ulpian. lib. 37 ad Edict.)

Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit; scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt. Caeterum si illos dimisit, quorum fraudandorum causa fecit, et alios sortitus est: si quidem simpliciter dimissis prioribus, quos fraudare voluit, alios postea sortitus est: cessat revocatio.

Von der vorgetragenen Regel gestattet der Jurist eine einzige Ausnahme; er fährt nach den mitgetheilten Worten fort:

Si autem horum pecunia, quos fraudare noluit, priores dimisit, quod fraudare voluit: Marcellus dicit, revocationi locum fore secundum hanc distinctionem, et ab Imperatore Severo et Antonino rescriptum est: eoque jure utimur.

cf. L. 15. 16. D. h. t.

Gesetzt demnach, durch eine Verminderungshandlung verletzt der Schuldner seinen (damaligen) Gläubiger A; nachdem dies geschehen, leihet er Geld von B und befriedigt mit diesem Gelde den A; — die Anfechtungsbefugniß, die A zugestanden haben würde, soll auf B übergehen; sie ist gleichsam von ihm dadurch erkauft, daß er die Mittel zur Befriedigung des A hergegeben hat.

Es wird aber nothwendig sein, daß das von B gegebene Darlehn

in der That auch zu dem gedachten Zwecke verwendet ist; daß es (nur) in dieser Absicht genommen, bez. gegeben wurde, reicht nicht aus! —

Auch wenn man daran festhält, daß die Anfechtungsbefugniß, welche B ausübt, nur das auf ihn übergegangene Recht des A ist und bleibt — jede andere Auffassung scheint schon aus dem nahe liegenden Grunde unmöglich, weil ja B überall noch nicht Gläubiger des Schuldners war, als dieser die anzufechtende Veräußerung vornahm! — immerhin werden doch die eigenen Beziehungen des B zu dem Schuldner Einfluß auszuüben vermögen. Dann allerdings nicht, wenn das anzufechtende Geschäft entweder ganz unberührt stehen bleibt, oder seinem ganzen Umfange nach vernichtet wird; wohl aber dann, wenn das Maß des dem Dritten zu Entreißenden sich nach der Verletzung des klagenden Gläubigers richtet. Gesetzt z. B. der Schuldner, der damals schon insolvent war und dem A 200 schuldete, schenkt dem X 100; — die Bereicherung des X zur Zeit der Klageerhebung vorausgesetzt, so würde A dem X 100 entreißen können. Wenn nun der Schuldner von B 200 leihet und hiermit A befriedigt; wenn ferner später es ihm gelingt, auf die Darlehnsschuld an B 150 abzutragen: so wird nun B dem X nicht (mehr) 100, sondern nur noch 50 zu entreißen befugt sein.

Daß aber unter keinen Umständen dem B eine weiter gehende Anfechtungsbefugniß zustehen kann, als sie dem A zustand, folgt mit Nothwendigkeit schon daraus, daß das von B geliehene Geld, um den Uebergang der Anfechtungsbefugniß herbeizuführen, eben zur Befriedigung des A verwendet werden muß. Es kann also zu diesem Zwecke nie mehr aufgewendet werden, als eben der Betrag des dem A zustehenden Anspruches.

B. Es fragt sich, ob an dem Grundsatze: nur diejenigen Personen können durch den betreffenden Act verletzt sein, die zur Zeit seiner Vornahme bereits Gläubiger des Schuldners waren! — abgesehen von der eben besprochenen in den Gesetzen ausdrücklich anerkannten Ausnahme — festzuhalten ist: oder ob man anerkennen muß, daß unter besonderen Umständen die Anfechtungsbefugniß auch Personen zustehen kann, die erst **nach** Vornahme des fraglichen Actes Gläubiger geworden sind.

Daß dem erwähnten Grundsatze nicht schon dann zuwider ge-

handelt wird, wenn die betreffende Person zwar in dem erwähnten Zeitpunkte noch nicht (entschieden) Gläubigerin war, es aber später z. B. durch Eintritt einer hinausschiebenden Bedingung, mit rückwirkendem Erfolge wird, — liegt auf der Hand. Es wird in diesem Falle nur nachträglich festgestellt, daß sie bereits zu jener Zeit Gläubigerin war.

Dem Schuldner sind jene Umstände bekannt; er darf ihnen Berücksichtigung nicht versagen. Er muß die Interessen desjenigen, der, wenn er sein Glaubiger wird, dies mit rückwirkendem Erfolge wird, ganz ebenso schonen, wie der Personen, die bereits in vollendeter Weise seine Gläubiger sind. —

Wie aber, wenn zur Zeit als die betreffende Verminderungshandlung vorgenommen wurde, die Verhältnisse vielleicht schon so lagen, daß mit Wahrscheinlichkeit oder auch ziemlicher Sicherheit darauf gerechnet werden konnte, daß ein Dritter demnächst wohl — allerdings niemals mit rückwirkendem Erfolge! — Gläubiger werde? Die Praxis scheint — aus Billigkeitsrücksichten — in der That nicht abgeneigt zu sein, auch in derartigen Fällen eine Anfechtung des fraglichen Actes zu gestatten.

Das Appellat.-Gericht zu Celle entschied (im Jahre 1869; vgl. Zeitschrift für hannoversch. Recht. Bd. III. Heft 1 S. 86) folgenden Fall:

„„Der ꝛc. Brokmann veräußerte unter dem 12. August 1865 seinen Hof an seinen Sohn durch einen onerosen Hofübergabe-Contract.

Derselbe hatte bereits vor der Veräußerung den ꝛc. Keseberg wegen einer Darlehnsforderung verklagt und wurde mit dieser Klage am 18. Dezember 1865 abgewiesen und in die Kosten verurtheilt. Ein Theil der Kosten, in welche Brokmann sen. verurtheilt wurde, war auch erst nach dem 12. August 1865 durch Fortführung des Prozesses seitens des Brokmann entstanden.

Die Execution in das Vermögen des ꝛc. Brokmann sen. erwies sich fruchtlos und focht nunmehr Keseberg den Uebergabe-Contract mit der Paulianischen Klage an. —

Die Klage wurde — — für begründet erkannt aus folgenden Gründen:

Die act. Paul. erscheint genügend begründet.

Zwar läßt sich darüber zweifeln, ob die Forderung, wegen deren Beitreibung die Rescindirung des fraglichen Vertrages erstrebt wird, als zur Begründung der Klage geeignet sei, weil sie zur Zeit der Veräußerung des Hofes noch nicht existent war. Nun steht allerdings fest, daß die Verurtheilung des Brokmann sen. zur Berichtigung der jetzt zur Execution stehenden Prozeßkosten=Forderung allererst am 16. Dezember 1865, also nach der bereits im August 1865 stattgehabten Uebergabe der Stelle erfolgt ist, — auch daß ein Theil der fraglichen Prozeßkosten erst nach der Uebergabe des Hofes wirklich erwachsen ist. — — Wenn nun anerkannt werden muß, daß der Anspruch des jetzigen Klägers und damaligen Beklagten auf Bezahlung der Prozeßkoßen erst mit der Verurtheilung des damaligen Klägers, also erst nach eingetretener Veräußerung, entstand, so war aber doch die causa, aus der dieser Anspruch hervorging, nämlich der hinterher als ungerecht erkannte Angriff seitens des 2c. Brokmann sen. gegen den jetzigen Kläger, schon lange vor der in Frage stehenden Veräußerung vorhanden; — und es ist denkbar und möglich, daß der 2c. Brokmann sen. weil er die Entstehung der Forderung fürchtete, die Veräußerung mit der Absicht und zu dem Zwecke vornahm, um den ihm drohenden Forderungsanspruch zu elidiren.

Aus diesen Gründen wurde folgender Beweis auferlegt: daß 2c. Brokmann den Hofübergabe=Contract in der Absicht geschlossen habe, um sich der Mittel zur Bezahlung der Kosten des fraglichen Prozesses zu entäußern und daß der Beklagte bei dem Abschluße des fr. Geschäftes um diese Absicht des 2c. Brokmann gewußt habe.""

Die abgegebene Entscheidung läßt sich vielleicht in folgender Weise rechtfertigen: der Rechtsstreit zwischen Br. sen. und K. war bereits erhoben, als Br. die anzufechtende Verminderungshandlung vornahm; nun aber werden alle Folgen des Rechtsstreites — so weit es überall möglich! — auf den Augenblick der Litiscontestation zurückgeführt; wenn also Br. unterlag und durch das spätere endliche Urtheil zur Zahlung der Prozeßkosten verurtheilt wird, so ist doch auch diese Verbindlichkeit auf die Zeit der Litiscontestation zurückzubeziehen. Dann aber war schon durch die Litiscontestation die Ge=

währ gegeben, daß diese Verbindlichkeit, wenn sie überall entstehen sollte, dann auch als schon in jenem Zeitpunkte vorhanden angesehen werden dürfe! Und es stellt sich, ähnlich wie beim Eintritt der hinausschiebenden Bedingung, später heraus, daß der K. damals, als die Verminderungshandlung vorgenommen wurde, in Wahrheit schon Gläubiger war!

Allein so motivirt der Gerichtshof sein Urtheil nicht! Es wird ein Satz von großer Tragweite aufgestellt: „so war doch die causa, aus der dieser Anspruch hervorging — schon lange vor der in Frage stehenden Veräußerungshandlung vorhanden."

Wenn unter „causa" ein Entstehungsgrund verstanden wird, der, wenn er eintritt, mit rückwirkender Kraft eintritt: so ist der aufgestellte Grundsatz unbedenklich. Wie aber, wenn man weiter hat gehen wollen? Dann würde doch wohl nur an Fälle folgender Art gedacht werden dürfen: der demnächstige Schuldner steht bereits mit dem Dritten in Beziehungen; er erwartet, er hofft vielleicht, daß aus diesen Beziehungen demnächst ein Schuldverhältniß sich entwickeln werde, daß der Dritte, z. B. durch Gewährung eines Darlehns, sein Gläubiger werde; allein wenn derselbe es auch wird, er wird es immer doch nur von dem Augenblicke an, in welchem er es wird, niemals für eine frühere Zeit.

Darf nun in einem solcheu Falle dem (späteren) Gläubiger die Anfechtung einer früheren Verminderungshandlung gestattet werden? Darf dies geschehen, obwohl der Dritte als Gläubiger überall nicht verletzt ist und nicht verletzt werden konnte, da er, als jene Handlung vorgenommen wurde, noch nicht Gläubiger war, somit überall noch keine Ansprüche hatte; — lediglich weil der (demnächstige) Schuldner schon damals nicht verkannte, daß seine Handlungsweise möglicherweise den Dritten gefährden könne; — möglicherweise, denn es stand ja nicht fest, ob derselbe Gläubiger werde?!

Will man so weit gehen, so verwandelt man die Verpflichtung des Schuldners: die Interessen seiner Gläubiger nicht durch Verminderung seines Vermögens zu schädigen — in die Verbindlichkeit eines jeden, der demnächst Schuldner wird: im Interesse solcher Personen, die vielleicht demnächst seine Gläubiger werden, Handlungen (Veräußerungen) zu unterlassen, die das Interesse dieser Personen gefährden können! Ein sehr weiter Sprung! Man verläßt vollständig

den realen Boden sofortiger Schadenszufügung und stellt Alles in höchst bedenklicher Weise auf die ungewisse Zukunft, bez. die unredliche Denkungsweise des Schuldners. Sicherlich ohne ausreichende Berechtigung! Die Quellen verlangen Erfolg (eventus); aber Erfolg eben der betreffenden Verminderungshandlung; benachtheiligenden Erfolg! Einen derartigen Erfolg **kann** die betreffende Handlung nur hinsichtlich **der** Personen haben, die **schon** Gläubiger des Schuldners waren, als er den fraglichen Dispositionsact vornahm! —

II.

Die Anwendung der oben entwickelten Grundsätze auf den Fall der Verletzung der Gläubiger durch Pfandbestellung ergiebt sich von selbst.

Durch die Bevorzugung, die durch Einräumung eines Pfandrechts einem (Mit=) Gläubiger gewährt wird, kann ein Dritter überall nur verletzt werden, wenn auch er zu jener Zeit bereits Gläubiger war.

Wird einer der zur Zeit der Pfandbestellung bereits vorhandenen Gläubiger befriedigt mit dem Erwerbe aus dem Geschäfte, welches zu diesem Zwecke der Schuldner mit einem Dritten eingegangen ist, so wird die Befugniß zur Anfechtung des bestellten Pfandrechts, welche dem befriedigten Gläubiger zustand, auf den Dritten übergehen, der eben durch das erwähnte Geschäft Gläubiger geworden ist. —

Wenn auch die erfolgreiche Anfechtung eines vom Schuldner bestellten Pfandrechts ihre Wirkung nicht über die streitenden Theile hinaus erstrecken wird, so muß doch in Beziehung auf eben diese Theile das fragliche Pfandrecht, wenn es überall rescindirt wird, ganz rescindirt werden; — m. a. W.: dem durch das eingeräumte Pfandrecht bevorzugten Gläubiger wird von dem, was er durch das Pfandrecht mehr erlangt hat, als er ohne dasselbe würde erlangt haben, so viel zu Gunsten des Klägers entrissen, als dieser würde mehr erhalten haben, wenn das fragliche Pfandrecht dem Beklagten nicht eingeräumt wäre.

Dieses „mehr" aber muß berechnet werden, nicht unter Zugrundelegung des Anspruches, der dem befriedigten Gläubiger zugestanden hat; sondern lediglich im Hinblick auf das Forderndürfen des neuen Gläubigers. Dieses kann — wie oben gezeigt — von

geringerem Betrage sein, als der Anspruch des befriedigten Gläubigers; — größer allerdings kann es nicht sein! — Diese Grundsätze gelten, mag der Schuldner nun eine Hypothek bestellt, mag er ein Faustpfand gegeben haben. —

---

§. 5.

I.

Worin besteht das „consilium fraudandi“? Was muß der Schuldner, als er die Verminderungshandlung vornahm, gewollt, was mindestens erkannt haben, damit man von ihm sagen dürfe, er habe mit frauduloser Absicht gehandelt?

Der Wille des Schuldners bez. sein Erkennen kann nach zwei Richtungen hin in Betracht kommen: bezüglich des objectiven Erfolges seiner Handlung, d. h. bezüglich der Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit, — und bezüglich der Personen, die durch diesen Erfolg benachtheiligt werden.

In beiden Beziehungen bedarf es einiger erläuternden Bemerkungen.

A. Es kann zunächst überall nicht zweifelhaft sein, daß der Gläubiger, der sich bewußt in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit versetzt, damit eben seinen Gläubigern das Weggegebene entzogen werde, damit eben die Mittel zu ihrer Befriedigung nicht mehr vorhanden seien, daß der Gläubiger, der sich dieses Ziel vorgesetzt hat und durch seine Handlungsweise es erstrebt — in frauduloser Absicht gehandelt hat.

Was könnte überall nach dieser Richtung hin mehr noch gefordert werden? —

Aber bedarf es in der That stets eines so direct auf Herbeiführung des erwähnten Erfolges gerichteten Willens? Muß man nicht sagen: in Fällen dieser Art liegt allerdings der höchste Grad einer fraudulosen Absicht vor; aber um eine solche als vorhanden annehmen zu dürfen, braucht keineswegs stets jener weitgehenden Voraussetzung entsprochen zu werden. Auch der Schuldner handelt

fraudulos, der (nur) erkannt hat, daß die Folge seines Handelns die Schädigung seiner Gläubiger sein wird! Daß er eben diesen Erfolg als vorgesetztes Ziel erstrebt habe, — ist nicht erforderlich.

Und diese Anschauungsweise möchte vollste Billigung verdienen. —

Es liegt auf der Hand, daß jenes Erkennen nur bei dem Schuldner vorhanden sein kann, der, als er die betreffende Verminderungshandlung vornahm, wußte, entweder, daß er bereits zahlungsunfähig sei, oder doch, daß er es durch den fraglichen Act werde; denn nur dann, wenn der nach Abzug des Weggegebenen übrig bleibende Rest des Vermögens zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht, werden diese durch die Weggabe benachtheiligt. Der Schuldner muß mithin die vorhandene oder eintretende Zahlungsunfähigkeit kennen, um überall zu der weiterliegenden Folgerung gelangen zu können: der beabsichtigte Depositionsact benachtheiligt die Gläubiger; er entzieht ihnen die Befriedigungsmittel!

Wann anzunehmen ist, daß der Schuldner seine Insolvenz gekannt habe — darüber lassen sich allgemeine Vorschriften nicht geben; die Umstände des einzelnen Falles können allein für den Nachweis dieser Voraussetzung maßgebend sein. So viel aber möchte unbestreitbar feststehen, daß jenes Bewußtsein sehr wohl vorhanden sein kann, auch wenn der Schuldner genau weder die Größe seines Vermögens, noch den Betrag seiner Schulden kennt. Auf ziffernmäßige Sicherheit kommt es nicht an! —

Wenn aber der Schuldner weiß, daß er insolvent ist, oder doch durch die beabsichtigte Verminderungshandlung wird und dennoch diese Handlung vornimmt; — erkennt er dann nicht vollständig, daß er seine Gläubiger schädigt? Er kann dies nicht verkennen! Er will also auch, wenn er dennoch handelt, den erkannten, unabwendbaren Erfolg. Er will denselben; wenn auch nicht in dem Sinne, daß er ihn als vorgesetztes Ziel erstrebt; wohl aber in dem Sinne, daß er ihn als unvermeidliche Folge in den Kauf nimmt! Weshalb sollte man bei dieser Sachlage das geringste Bedenken tragen, den Schuldner als Fraudanten zu behandeln? Er handelt bewußt dem gesetzlichen Gebote zuwider: du sollst nicht durch Verminderung deines Vermögens deine Gläubiger schädigen!

Wollte man dieser Ansicht nicht zustimmen und verlangen, daß der Schuldner, um als Fraudant angesehen werden zu dürfen,

direct die Benachtheiligung seiner Gläubiger müsse erstrebt haben, — der Schutz, den die act. Paul. den Gläubigern gewähren will, wäre ein sehr illusorischer. Die Fälle möchten sich leichtiglich zählen lassen, in welchen eine solche Absicht dem Schuldner nachgewiesen würde.

Es hat denn auch von jeher die oben gebilligte Meinung sich fast ungetheilter Anerkennung zu erfreuen gehabt.

Folgende Entscheidungen mögen hervorgehoben werden; das schon oben erwähnte Urtheil des Ob.-App.-Ger. zu Oldenburg; (Seuffert V. Nr. 95):

> „— — — das consilium fraudandi fordert mehr nicht, als den dem Schuldner bekannten Causelnexus zwischen der in Frage stehenden Veräußerung und der Benachtheiligung der Gläubiger —";

Ob.-App.-G. Celle (a. d. Jahre 1856 Seuffert IX. Nr. 356):

> „— — zum Beweise der betrüglichen Absicht (ist) keineswegs der Nachweis (erforderlich), daß Verkürzung der Gläubiger unmittelbar bezweckt (sei), — — schon dann, — wenn der Cridar — in dem Bewußtsein gehandelt (hat), daß die — Gläubiger verkürzt werden —";
>
> vgl. die Entscheidung desselben Gerichtshofes in d. Zeitschrift für hannoversch. Recht. Bd. III. Heft 1 S. 85 (a. d. Jahre 1868);

Ob.-App.-G. Kiel (Seuffert XII. Nr. 227):

> „— (es) genügt das Bewußtsein des Schuldners, daß durch das Geschäft seine Gläubiger benachtheiligt werden und sein mit diesem Bewußtsein gefaßter Entschluß, dasselbe dennoch vorzunehmen." —

Anderer Meinung ist das Ob.-App.-Gericht zu Lübeck (Urth. a. d. J. 1853; Seuffert, VII. Nr. 268).

> (Es ist der Ansicht) „nicht beizustimmen, daß zur Fraudulosität nichts weiter erforderlich sei, als daß der Cridar im Bewußtsein seiner Insolvenz eine der Masse nachtheilige Veräußerung vorgenommen habe — —; es muß noch etwas Anderes hinzutreten, was abseits des Cridars Arglist und Absicht — bekundet oder doch verläßlichen Rückschluß gestattet." —

Allein — worin soll dies „Andere" bestehen? Hält man es zum Thatbestande der Fraudulosität **nicht** für ausreichend, daß der Schuldner, **obwohl** er den benachtheiligenden Erfolg seines Handelns vorher sah, **dennoch** dasselbe nicht unterließ; — wie ist dann überall eine nicht in's Unbestimmte verschwimmende Steigerung der Anforderung für die Fraudulosität anders zu denken, als dadurch, daß man das directe **Erstreben** eines vorgesetzten Zieles erfordert!

Vgl. auch ein (weiter unten ausführlicher zu besprechendes) Urtheil des Ob.-App.-Gerichts Oldenburg (Seuffert, III Nr. 243). —

Abweichender Ansicht ist auch das Ob.-G. zu Wolfenbüttel (Urtheil a. d. Jahre 1868; Seuffert XXVIII. Nr. 93):

„— Zur Anstellung der actio oder Vorschützung der excpt. Pauliana genügt es **nicht**, daß der Debitor im **Bewußtsein seiner Insolvenz** eine seinen Gläubigern nachtheilige Veräußerung vorgenommen, und der Erwerber von dieser Insolvenz Kenntniß gehabt habe, die Gesetze fordern vielmehr ausdrücklich, daß der Veräußerer in **betrügerischer** Absicht, consilio fraudandi, fraudationis causa, veräußert hat." —

Ebenso das Ob.-App.-Gericht zu Rostock (Buchka und Budde, Entscheidungen B. V. Nr. 54):

„Dieses in der Person des Veräußerers vorauszusetzende consilium fraudandi folgt daraus **noch nicht**, daß er beim Abschlusse des Geschäftes bereits materiell insolvent gewesen ist und seine Vermögenslage gekannt hat. Daß **daneben** noch die auf Benachtheiligung der Creditoren gerichtete Intention einer **besondern** Darlegung bedürfe, ist in L. 17 § 1 D. h. t. deutlich gesagt; auch zeigt diese Stelle, daß die betrügerische Absicht nur aus ganz concludenten Umständen geschlossen werden dürfe. — — So würde allerdings die Debitmasse — verkürzt sein —; allein es genügt nicht, daß das Geschäft diesen Erfolg gehabt habe, derselbe muß vielmehr **geradezu beabsichtigt** gewesen sein." —

Folgendes möchte hierauf zu erwidern sein.

Zunächst; — die L. 17 § 1 D. h. t. steht der abweichenden Anschauung nicht nur nicht zur Seite, sondern entgegen.

Die Stelle ist schon oben mitgetheilt und nach einer andern Richtung hin verwerthet. Lucius Titius, obwohl er Gläubiger hat, giebt dennoch sein ganzes Vermögen weg; respondit: quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit et universa bona sua alienavit, intelligendus est, fraudandorum consilium habuisse.

Aus diesen Worten ergiebt sich ganz klar, daß der Jurist von einem Falle spricht, in welchem der Schuldner keineswegs die Benachtheiligung seiner Gläubiger „geradezu beabsichtigte". Hätte die Lage der Dinge dieser Voraussetzung entsprochen, so würde Julian nicht gesagt haben: „intelligendus est — consilium habuisse!" Und aller Zweifel schwindet, wenn man daneben nicht unbeachtet läßt, wie ja ausdrücklich bei Darlegung des Falles darauf hingewiesen wird, daß dafür, daß der Schuldner direct die Benachtheiligung seiner Gläubiger erstrebt habe, Momente überall nicht vorliegen: „quamvis non proponatur, consilium fraudandi habuisse." —

Es beweist somit die erwähnte Gesetzesstelle, daß auch von einem solchen Schuldner angenommen werden darf, er habe „consilio fraudandi" gehandelt, der (nur) nicht verkannte, daß sein Handeln seine Gläubiger benachtheiligen müsse, auch wenn er nicht gerade handelte, um diese Benachtheiligung herbeizuführen. —

Sodann aber; — will man es nicht genügen lassen, daß der Schuldner den Erfolg seiner Handlungsweise erkannt hat; will man daneben noch irgend eine besondere „Intention" auf Schädigung der Gläubiger verlangen: — dann bleibt — wie auch schon oben erwähnt wurde — in der That nichts anderes übrig, als zu sagen: nur der Schuldner hat das consilium fraudandi gehabt, der handelte, um seine Gläubiger zu benachtheiligen!

Dadurch ist der Schutz, den eben die act. Paul. den Gläubigern gewähren will, in der That so gut wie beseitigt! Nicht allein, weil nur ausnahmsweise der Beweis gelingen kann, daß der Schuldner eben in dieser Absicht gehandelt habe, sondern mehr noch, weil in Wahrheit der Schuldner nur in seltenen Fällen diese Absicht gehegt haben wird. Er wird meistens hoffen, sei es durch das fragliche Rechtsgeschäft, sei es in anderer Weise, demnächst so viel zu erwerben, daß er alle Gläubiger befriedigen kann! Es wird in der

That also eine direct auf Beschädigung der Gläubiger gerichtete Absicht nicht vorhanden gewesen sein. Ob die Hoffnungen, mit welchen der Schuldner sich trug, berechtigte waren oder nicht, — darauf kann nichts ankommen! Es soll ja ausreichen, daß, weil überall derartige Hoffnungen gehegt wurden, nicht gehandelt ist, um Benachtheiligung der Gläubiger herbeizuführen!

Wenn — um endlich auch diesen Grund nicht unerwähnt zu lassen! — das Urtheil von Wolfenbüttel auf die Ausdrucksweise der Quellen Gewicht legt: so ist ja vollkommen richtig, — die Quellen verlangen „consilium fraudandi", verlangen ein Handeln „fraudationis causa". Leider aber bezeichnen sie **nicht** genauer, worin denn nun das „consilium fraudandi" besteht; was der Schuldner erkannt, was gedacht, was gewollt haben muß, damit von ihm gesagt werden dürfe, er habe „fraudandi causa" gehandelt! —

Es ist vielleicht nicht unerwünscht, hier eines Falles ausdrücklich zu erwähnen, der sehr häufig vorkommt; bezüglich dessen somit ein besonderes Interesse vorliegt, die Zweifel zu beseitigen, zu welchen er Veranlassung giebt.

Gesetzt: der Schuldner erstrebt zwar die Benachtheiligung der Gläubiger nicht, er verkennt jedoch auch nicht den benachtheiligenden Erfolg seines Handelns; die Motive indessen, die ihn zum Handeln bewegen, liegen außerhalb der unmittelbaren Beziehungen zu den Gläubigern und sind an sich durchaus erlaubte; — z. B. der Schuldner schenkt, um einer wirklich vorhandenen Dankespflicht Genüge zu leisten, oder, er verkauft unter Werth, um den Erwerb zur Abwendung des Concurses zu benutzen.

Auch in Fällen dieser Art handelt der Schuldner fraudulos. Er soll das fragliche Geschäft nicht eingehen, weil er erkennt, daß es seine Gläubiger benachtheiligen wird! Daß er daneben einen erlaubten Zweck verfolgt, ist bedeutungslos dem sichern Unrecht gegenüber, welches er unter allen Umständen den Gläubigern zufügt. Denn daß irgendwelches Hoffen auf Gunst späterer Ereignisse, in Beziehung auf die Verschaffung von Befriedigungsmitteln das Unrecht nicht ausschließt, welches der Schuldner dadurch begeht, daß er die fragliche Veräußerung vornimmt, obwohl er den zur Zeit unabweislich eintretenden benachtheiligenden Erfolg erkennt, bedarf kaum der Erwähnung. Die Benachtheiligung der Gläubiger kann vielleicht,

wenn das Glück dem Schuldner zur Seite steht, demnächst wieder ausgeglichen werden, — zunächst aber ist sie sicherlich ihnen zugefügt!

Mit Recht heißt es deshalb in dem schon oben erwähnten Urtheile von Celle (a. d. Jahre 1868; Zeitschrift f. hannov. Recht B. III. H. 1. S. 85):

„— es ist — für genügend zu halten, wenn (der Schuldner) die Verkürzung seiner Gläubiger als die nothwendige Folge seiner, sei es auch zunächst zu einem anderweiten Zwecke vorgenommenen Handlung — vorhergesehen hat. Die Klage erscheint daher ebensosehr da begründet, wo der Schuldner mit dem Bewußtsein, seine Gläubiger dadurch zu benachtheiligen, zunächst und vor Allem zu dem Zwecke veräußerte, um dadurch die zu seiner Entweichung nöthigen und demnächst verwendeten Geldmittel in die Hand zu bekommen, wie auch z. B. da, wo er mit dem gleichen Bewußtsein eine Liberalitätshandlung vornahm, bei welcher sein hauptsächlichstes und nächstes Motiv in Zuneigung oder Dankbarkeit gegen den Empfänger bestand.“ — —

Es wird dann endlich noch die Frage aufzuwerfen sein: ob es nothwendig ist, daß der Schuldner in der That den benachtheiligenden Erfolg seines Handelns erkannt habe; — ob es nicht ausreicht, daß er denselben bei erforderlicher Umsicht hätte erkennen müssen?

Die Frage wird zu verneinen sein.

Dem Schuldner ist durch Gesetzesvorschrift verboten, sein Vermögen dann zu vermindern, wenn er einsiehet, daß der beabsichtigte Dispositionsact seine Gläubiger schädigen werde, — er soll nicht mit Bewußtsein schädigen; denn dann eben würde er unredlich und arglistig handeln: aber besondere Sorgfalt bei Prüfung der Frage: wird der beabsichtigte Act den Gläubigern nachtheilig sein? hat der Gesetzgeber ihm nicht zur Pflicht gemacht. Er soll nicht dolos handeln! Wenn nun die Verhältnisse so liegen, daß ein verständiger Beurtheiler an dem benachtheiligenden Erfolge überall nicht zweifeln konnte, — dann wird man auch den Schuldner mit der Behauptung nicht hören, daß er den eingetretenen Erfolg nicht erkannt habe; sind aber die Umstände der Art, daß erst bei Anwendung

einer gewissen Sorgfalt jener Erfolg nicht verkannt werden konnte, so wird der Schuldner zu hören sein, wenn er in Abrede nimmt, denselben erkannt zu haben.

Zu irgend welcher Sorglichkeit ist er den Gläubigern gegenüber nicht verpflichtet! —

B. Verlangt das consilium fraudandi auch ein mehr oder minder klares Erkennen des Schuldners darüber, **welche** seiner Gläubiger der benachtheiligende Erfolg der beabsichtigten Verminderungshandlung treffen werde?

Daß man nach der bezeichneten Richtung hin weitgehende Anforderungen an das Erkennen des Schuldners nicht stellen darf, liegt auf der Hand. Wie kann ein Schuldner — von seltenen Fällen abgesehen — die Zukunft in so bestimmter Weise voraussehen! Wie kann er wissen, in welcher Reihenfolge das Prioritätsurtheil demnächst seine Gläubiger lociren wird! Denn hiervon allein wird es doch meistens abhängen, welche der Gläubiger der aus der Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens entstehende Nachtheil trifft. Was kann auch wesentlich darauf ankommen, ob der Schuldner richtig erkennt, daß A, und nicht B, demnächst den Nachtheil der beabsichtigten Vermögensverminderung tragen wird; ist B weniger sein Gläubiger als A?! Der Schuldner hat dieselbe Verbindlichkeit, ihr Interesse nicht mit Bewußtsein zu schädigen, allen seinen Gläubigern gegenüber!

Man wird deshalb die fraudulose Absicht bei dem Gläubiger schon dann vollständig entwickelt nicht allein annehmen dürfen, sondern annehmen müssen, wenn er bei Vornahme der Verminderungshandlung überall nur erkannte, daß er irgend welche seiner Gläubiger durch den betreffenden Act benachtheiligen werde; — daß er, in wunderbarer Voraussicht damals noch ganz ungewisser, zukünftiger Ereignisse, auch schon richtig erkannt habe, welche Personen der Nachtheil treffen werde, ist nicht erforderlich! —

In Uebereinstimmung mit diesen Grundsätzen entschied das App.-Gericht Celle (im J. 1868; Zeitschrift für hannov. Recht B. III. H. 1 S. 85):

— „Denn es ist nicht abzusehen, weshalb ein benachtheiligter Gläubiger zur Revocation nur dann berechtigt sein sollte, wenn der Schuldner bei der Veräußerung, welche

er in dem Bewußtsein vornahm, seine Gläubiger überhaupt dadurch zu verkürzen, speciell gerade an jenen bestimmten Gläubiger und an dessen Verkürzung gedacht hätte. Ein innerer Grund dafür liegt um so weniger vor, als nach dieser Ansicht gerade, je größer die Zahl der verkürzten Gläubiger wäre und je umfangreicher und evidenter darnach die betrügliche Absicht des Schuldners zu Tage treten würde, um so schwieriger die Beweisführung jedes einzelnen mit der Pauliana auftretenden Klägers sich gestalten müßte.

Nur so viel wird in dieser Beziehung anzuerkennen sein, daß derjenige Gläubiger zur Klage nicht berechtigt ist, rücksichtlich dessen die Umstände des Falles positiv ergeben, daß der Schuldner ihn zu verkürzen nicht beabsichtigt habe (L. 15 D. h. t.). Hiervon aber abgesehen, genügt es, wenn der Schuldner den Kläger als seinen Gläubiger kannte und mit dem Bewußtsein veräußerte, daß dadurch seine Gläubiger überhaupt verkürzt würden." — —

Es ist bislang des Falles gedacht: der Schuldner erkannte zwar, daß die beabsichtigte Veräußerung alle oder doch welche seiner Gläubiger benachtheiligen müsse; an bestimmte Gläubiger hat er überall nicht gedacht; er handelt somit auch ohne den Willen, eben **nur** bestimmte Gläubiger zu schädigen. In seiner Absicht ist demnach auch keiner der (damaligen) Gläubiger von dem Erfolge der Schädigung **ausgeschlossen**; er handelt ohne zu glauben, daß bestimmte Einzelne seiner Gläubiger nicht würden getroffen werden.

Wie nun, wenn der Fall so gedacht wird: der Schuldner, dessen Gläubiger, als er die betreffende Veräußerung vornahm, A, B und C waren, glaubte, daß der Nachtheil des beabsichtigten Dispositionsactes, nur C, nicht auch A und B treffen werde. Wenn diese Voraussetzung sich als irrig erweist, wenn A und B auch benachtheiligt werden; — dürfen sie die act. Paul. anstellen? Oder ist ihnen diese Befugniß zu versagen, weil der Schuldner geglaubt hatte, sie würden Schaden nicht erleiden, — somit bezüglich ihrer das Bewußtsein einer Rechtsverletzung nicht gehabt hat?

Mit diesem Falle beschäftigt sich **Ulpian** in den §§ 7 und 8 der L. 10 D. h. t.

§ 7. Illud certe sufficit, et si unum scit creditorem fraudari, caeteros ignoravit: fore locum actioni.

Wenn also in dem eben erwähnten Falle der Schuldner auch geglaubt hat, daß sein Handeln nur den C benachtheiligen werde; — dennoch sollen A und B, zur Anstellung der act. Paul. berechtigt sein! Daß der Jurist eben die Frage entscheiden will: steht auch dem Gläubiger ein Klagrecht zu, an dessen Benachtheiligung der Schuldner nicht gedacht hat? liegt auf der Hand; denn daß der Gläubiger zur Anstellung der Klage berechtigt sei, dessen Benachtheiligung der veräußernde Schuldner vorausgesehen hatte, verstand sich von selbst.

A und B werden somit zur Anstellung der act. Paul. für berechtigt gehalten, obwohl bezüglich ihrer eine directe fraudulose Absicht der Schuldner überall nicht vorliegt; das Klagrecht wird ihnen um des Umstandes willen eingeräumt, weil der Schuldner bei Vornahme der fraglichen Verminderungshandlung das wenigstens erkannt hat, daß einer seiner Gläubiger benachtheiligt werde. Gestützt auf diese Thatsache, auf dieses Erkennen, sollen alle (damaligen) Gläubiger die fragliche Veräußerung anzufechten befugt sein, obwohl bezüglich ihrer kein auf benachtheiligenden Erfolg gerichteter Wille, keine Voraussicht benachtheiligenden Erfolges vorhanden war.

A und B entnehmen mithin ihr Klagrecht aus dem Verhältnisse, in welches der Schuldner sich durch das Erkennen der Benachtheiligung zu C setzt.

Dies führt dann nothwendig zu der weiteren Frage: ist dieses Klagrecht, eben weil es den Beziehungen des Schuldners zu C entnommen wird, nun auch insofern von diesen Beziehungen abhängig, als A und B nur so lange zur Anstellung der act. Paul. berechtigt sind, als C selbst die Klage würde anstellen dürfen? Bejaht man diese Frage, so folgt daraus, daß jedes Ereigniß, welches das Klagrecht des C aufhören läßt, auch das Klagrecht des A und B beseitigt. Als das sicherste und am nächsten gelegene Mittel zur Errichtung dieses Zweckes erscheint die Befriedigung des C. Ist er zu voll befriedigt, so kann er nicht (mehr) benachtheiligt sein; somit ist für die act. Paul. überall kein Raum.

Und so entscheidet der Jurist!

§ 8. Quid ergo, si ei, quem quis scit, satisfactum est:

numquid deficiat actio, quia, qui supersunt, non sunt fraudati? Et hoc puto probandum. —

Gesetzt nun aber: C ist noch nicht befriedigt; B hat — wie oben gezeigt, in wirksamer Weise — die act. Paul. angestellt. Wenn jetzt X, der Beklagte, eben der Dritte, mit dem der Schuldner das anzufechtende Geschäft abgeschlossen hat, so viel — vielleicht dem C, vielleicht der Coukursmasse — anbietet, als zur Befriedigung des C erforderlich ist; — muß das Angebotene angenommen werden? Und wird dann, wenn die Annahme Statt gefunden hat, durch die Rückwirkung dieses Ereignisses das Klagrecht des B beseitigt?

Ulpian antwortet: „Non tamen, si dicat aliquis: offere, quod debetur ei, quem scio creditorem, audiendus erit, ut actionem eludat.“ —

Daran ist aber doch nicht wohl zu zweifeln, daß, wenn C bereits befriedigt war ehe noch B Klage erhoben hatte, dann dieser zur Erhebung der Klage nicht (mehr) berechtigt sein kann. Es muß auch gleichgiltig sein, wer den C befriedigt hat; ob der Schuldner selbst, ob für ihn ein Dritter, also auch X. Wenn nun C die Annahme der gebotenen Befriedigung ablehnt, so handelt er zwar widerrechtlich und versetzt sich in mora accipiendi; — aber die Befugniß zur Anstellung der act. Paul. wird dadurch dem B nicht genommen sein. Für die Gestattung dieser Befugniß ist allein die Thatsache entscheidend, daß C (noch) nicht befriedigt ist; es bleibt nach der hier fraglichen Richtung hin der Umstand ohne Einfluß, daß C selbst schuldvoll seine Befriedigung verhindert hat.

Anders, wenn die Leistung, deren Annahme C verweigert, gerichtlich für ihn hinterlegt ist! — —

Die eben besprochenen Gesetzesstellen werden indessen auch in durchaus abweichender Weise verstanden.

Laspeyres — a. a. O. S. 43. 44 — sagt so: „Unerheblich ist nun, ob der Gläubiger, welcher hinterher die Revocation verlangt, von Anfang an der einzige war, dessen Uebervortheilung der Cridar wollte, oder ob nur er allein wirklichen Nachtheil erleidet, die übrigen dagegen, zu deren Schaden die Veräußerung dienen sollte, ihre volle Befriedigung erhalten haben (§ 6); ebenso ist es gleichgiltig, ob der Dritte alle Gläubiger, gegen welche die arglistige Absicht des Cridars gerichtet war, oder nur einen derselben kannte,

sofern nur dieser beim Concurse unbefriedigt bleibt (§ 7). Ferner aber kommt die Revocation, welche der eine Gläubiger, der übervortheilt werden sollte und es wirklich ist, durchsetzt, auch allen übrigen Gläubigern zu Gute, deren Uebervortheilung nicht gerade in der Absicht des Cridars lag, zu deren voller Befriedigung aber das noch vorhandene Vermögen nicht ausreichen würde; selbst das Erbieten des Dritten, den einen Gläubiger, welcher ihm als particeps fraudis in Anspruch nehmen konnte, vollständig zu befriedigen, kann die Revocation zum Nachtheil der übrigen, an sich nicht klagberechtigten Gläubiger nicht ausschließen (§ 8)."

Dieser Auffassung gegenüber dürfte Folgendes geltend zu machen sein.

Zunächst; — es liegt auf der Hand, wie durchaus verschieden die beiden Fragen sind: wie wirkt die Rescission eines vom Schuldner eingegangenen fraudulosen Geschäftes, welche der allein zur Anfechtung berechtigte Gläubiger **bereits** erstritten hat, auf die Mitgläubiger, mögen sie selbst zur Anfechtung berechtigt oder nicht berechtigt sein, ein? und: welche Gläubiger sind zur Anfechtung befugt?

Mit der ersten Frage beschäftigt sich die fragliche Gesetzesstelle überall nicht. Dieselbe ist auch vorwiegend processualischer Natur. Gewiß wird, wenn der Concurscurator ein Geschäft mit Erfolg angreift, dasselbe zum Besten aller Gläubiger rescindirt werden. Wenn aber ein einzelner Gläubiger die Rescission eines Geschäfts erstreitet, so wird das Resultat dieses Rechtsstreites keineswegs ohne weiteres auch Mitgläubigern zu Gute kommen, die an dem Rechtsstreite nicht Theil genommen haben. Gesetzt, der Concurs sei zu Ende; — welchen Mitgläubigern soll zufallen? Soll Prävention unter ihnen entscheiden oder etwa die Reihenfolge des Prioritätsurtheils?

Wie dem aber auch sei, — diese Frage erörtert Ulpian überall nicht! Er behandelt auch nicht, wie Laspeyres annimmt, im § 7 die Frage: was muß der Dritte, der Mitcontrahent des Schuldners, gewußt haben, damit gegen ihn die act. Paul. mit Erfolg angestellt werden kann? — sondern er will nur darauf Antwort geben: was muß der Schuldner bezüglich des betreffenden Gläubigers gewollt bez. erkannt haben, damit eben dieser Gläubiger (überall) zur Anstellung der act. Paul. berechtigt sei?

Eine zusammenhängende Betrachtung der erwähnten §§ wird dies ergeben.

Der § 6 kann überall zu Zweifeln nicht Veranlassung geben. Gesetzt, sagt der Jurist, der Schuldner wollte seine drei Gläubiger, A, B und C, benachtheiligen; A und B werden demnächst befriedigt; kann nun der allein unbefriedigt gebliebene C die Klage anstellen, oder muß ihm diese Befugniß um deswillen versagt werden, weil nicht auch A und B (noch) in dieser Lage sich befinden? Ulpian verneint die Frage: „sive, eam caeteris satisfactum est, hic solus remansit, probandum est, adhuc actioni fore locum“.

Wie der Jurist dazu kam, an dem Klagrechte des C überhaupt irgend welchen Zweifel zu hegen, ist schwer einzusehen; der Ausspruch selbst kann indessen nicht wohl anders verstanden werden. Schon Acenosias — in der Glosse: posse quaevi — versteht ihn so!

Nun aber fährt Ulpian fort:

> § 7. „Illud certe sufficit, et si unum scit creditorem fraudari, caeteros ignoravit: fore locum actioni“.

Wie sollte der Jurist, der bislang mit der Frage sich beschäftigt hat: wie wirkt der Wille bez. das Erkennen des Schuldners auf die rechtliche Lage der Gläubiger ein? — nun auf einmal nicht mehr von dem Schuldner, als dem, qui scit, sondern von dem Dritten, dem Mitcontrahenten des Schuldners, sprechen, von dem bislang mit keinem Worte die Rede war? Ulpian behandelt immer noch die Gestaltung der Verhältnisse durch den Willen des Schuldners. Er hat so eben den Fall betrachtet: der Schuldner wollte nur einige oder einen seiner Gläubiger benachtheiligen, keineswegs alle; er hatte **nicht** erkannt, daß auch die andern Gläubiger, an deren Benachtheiligung er nicht dachte, Schaden leiden würden!

An diese Gestaltung schließt sich dann weiter die im § 8 aufgeworfene Frage an: wie nun, wenn aber der Gläubiger, dessen Benachtheiligung beabsichtigt war, befriedigt wird; — muß er diese Befriedigung annehmen; und ist dadurch dann auch das Klagrecht der Gläubiger beseitigt, deren Benachtheiligung der Schuldner nicht gewollt, ja nicht einmal erkannt hat?

Jetzt kommt nun endlich der Dritte, der „aliquis“! „Non tamen

4*

si dicat aliquis: offero, quod debetur ei, quem scio creditorem! audiendus erit, ut actionem eludat. —

Noch entschiedener jedoch, als die eben entwickelten, möchten innere Gründe der Auffassung Laspeyres entgegen stehen.

Der Dritte — wie weiter unten nachgewiesen werden soll — braucht weiter nichts zu kennen, als das „consilium fraudandi“ des Schuldners; dann eben ist er fraudis conscius. Es ist aber durchaus nicht erforderlich, daß er die Einzelnheiten, die der Schuldner allerdings weiß, nun auch seinerseis wisse.

Vollkommen wird es mithin ausreichen, wenn der Dritte weiß: der Schuldner handelt mit dem Bewußtsein, daß er durch das fragliche Geschäft seine Gläubiger schädigt! — er braucht nicht zu wissen, an die Benachtheiligung welcher dieser Gläubiger der Schuldner denkt. Es muß also durchaus gleichgiltig sein, ob der Dritte alle die Gläubiger gekannt hat, die der Schuldner benachtheiligen wollte, oder ob er dies nur bezüglich einiger oder auch nur eines gewußt hat. Es war ja überall nicht erforderlich, daß er irgend etwas über die Person des benachtheiligten Gläubigers wußte! War ihm die Thatsache nicht unbekannt, daß der Schuldner fraudandi animo contrahire, so muß er sich gefallen lassen, daß jeder der (damaligen) Gläubiger, die eben durch das fraudulose Handeln des Schuldners ein Klagrecht erworben haben, demnächst auch klagend gegen ihn auftreten. Es ist durchaus nicht nothwendig, daß er die Person des zur Klagerhebung Berechtigten früher gekannt habe! — —

Wenn nach der eben besprochenen Entscheidung des Ulpian den Gläubigern, deren Benachtheiligung durch die beabsichtigte Verminderungshandlung der Schuldner nicht erkannt hatte, ein durchaus selbstständiges Recht zur Anfechtung des fraglichen Geschäftes nicht zusteht, eben weil in Beziehung auf sie eine widerrechtliche Gesinnungsweise des Schuldners überall nicht, selbst nicht einmal insoweit vorhanden war, als er auch nur im Gedanken den Erfolg der Benachtheiligung, den er als herbeigeführt voraussah, mit ihrer Person in Verbindung gesetzt hat: so ist daran wohl kaum zu zweifeln, daß die Gläubiger, die der Schuldner von aller Benachtheiligung verschont wissen **wollte**, zur Anstellung der act. Paul. nicht berechtigt sein können. Bezüglich ihrer ist nicht allein dem Erfordernisse, welches

an den Seelenzustand des veräußernden Schuldners gestellt werden muß, damit dem betreffenden Gläubiger das Recht zur Anstellung der act. Paul. zustehe, nicht entsprochen, — das Gegentheil ist festgestellt! Der Schuldner schließt den benachtheiligenden Erfolg in seinem Willen aus; er erkennt nicht nur nicht, daß auch der betreffende Gläubiger geschädigt sein wird, — er will, daß diese Schädigung **nicht** eintrete. Wenn er irrt, wenn der betreffende Gläubiger doch benachtheiligt wird, so kann dieser Irrthum über die thatsächliche Gestaltung der Dinge jenes Element böslichen Wollens des Schuldners nicht ersetzen!

Auf der andern Seite ist aber gewiß ebenso unbestreitbar, daß in der That feststehen muß, daß der Schuldner den betreffenden Gläubiger verschont wissen wollte! Insofern dies durch Erklärungen des Schuldners festgestellt werden soll, ist deshalb die größte Vorsicht erforderlich. Wollte man leichthin seinen desfalsigen Angaben Glauben schenken, etwa davon ausgehend, daß er ja am besten darüber Auskunft zu geben vermöge, was er in einem bestimmten Augenblicke gedacht habe, — so liegt auf der Hand, wie leicht es dem Schuldner gemacht wäre, jeden seiner Gläubiger, dem er den Schutz der Paul. actio nicht gönnt, an der Anstellung der gedachten Klage dadurch zu verhindern, daß er erklärt: eben dich wollte ich nicht benachtheiligt wissen! Einen solchen Willen, gehegt in offenbarem Widerspruche mit der verständigerweise nicht zu verkennenden Natur der Dinge, wird man nur sehr schwer als einen in Wahrheit gehegten anerkennen. —

In Uebereinstimmung mit diesen Grundsätzen heißt es in dem schon oben erwähnten Urtheile von Celle (Zeitschrift f. hannvsch. R. B. III. Hft. 1. S. 85.):

> „Nur so viel wird in dieser Beziehung anzuerkennen sein, daß derjenige Gläubiger zur Klage nicht berechtigt ist, rücksichtlich dessen die Umstände des Falls positiv ergeben, daß der Schuldner ihn zu verkürzen nicht beabsichtigt habe. (L. 15 D. h. t.). —

Ob, wie in dem erwähnten Urtheile geschiehet, in der That die L. 15 D. h. t. zur Begründung des gebilligten Resultates herangezogen werden kann, — ist wohl recht fraglich.

Die Stelle — sie ist oben mitgetheilt — enthält folgenden Fall:

der Schuldner veräußerte, als A sein Gläubiger war; A wird (später) befriedigt; (noch) später wird B Gläubiger; Frage: kann B die act. Paul. anstellen? Antwort: nein! A, gegen den das consilium fraudandi vorlag, ist nicht benachtheiligt; gegen B, der allerdings benachtheiligt ist, hat der Schuldner niemals eine fraudulose Absicht gehegt!

Allerdings hat der Schuldner, als er die anzufechtende Veräußerung vornahm, nicht die Absicht gehabt, (auch) den B zu benachtheiligen; es war dies unmöglich, weil B ja überall noch nicht Gläubiger war; aber der näher liegende und deshalb auf die Entscheidung stärker einwirkende Grund ist doch wohl der: B konnte durch den fraglichen Dispositionsact überall nicht benachtheiligt sein, da er noch nicht Gläubiger des Schuldners war, als dieser jenen Act vornahm; die Benachtheiligung aber eines Gläubigers durch die anzufechtende Veräußerung ist das vornehmste und unabweisbarste aller Erforderniſſe der act. Pauliana. —

Die Versagung der Klagbefugniß, wenn sie geschiehet, weil der Schuldner mit einem die Benachtheiligung des betreffenden Gläubigers ausschließenden Willen gehandelt hat, wird sicherlich auch verhindern, daß dieser Gläubiger ein Klagrecht aus der Person eines andern zur Klagerhebung berechtigten Gläubigers entnehme.

Wenn — um an dem oben gegebenen Beispiele festzuhalten — der Schuldner erkannt hat, daß sein Handeln den Gläubiger C benachtheiligen werde, daneben aber den zum Bewußtsein gelangten Wunsch hegte, daß A und B der benachtheiligende Erfolg des beabsichtigten Actes nicht treffen möge: so wird nun A sowohl wie B jedes Klagrecht versagt werden müssen; selbst dann, wenn C noch klagberechtigt ist.

Der Fall, wie er hier gedacht ist, liegt anders, als der im § 7 der L. 10. entschiedene. Dort war in Beziehung auf A und B nur Nichtwissen, Nichterkennen, nur Leere in der Vorstellung des Schuldners vorhanden; der Schuldner hatte nur nicht eingesehen, daß seine Handlungsweise auch A und B benachtheiligen werde: hier ist jene Lücke durch eine bestimmte Willensrichtung ausgefüllt; und dieser Wille geht eben dahin, daß A und B nicht benachtheiligt werden sollen. —

C. Es kann nach Lage der Dinge überall nicht zweifelhaft sein, daß der allein entscheidende Augenblick eben der ist, in welchem der

Schuldner das betreffende Geschäft eingeht. Nur das, was er in *diesem* Augenblicke gewollt, oder mindestens doch erkannt hat, ist für die Beantwortung der Frage maßgebend: war consilium fraudandi vorhanden? Was der Schuldner *zuvor* gedacht *hat* oder *später* vielleicht meinen *wird*, muß ohne allen Einfluß auf die Frage nach der Zulässigkeit der act. Paul. bleiben; denn es kommt ja allein darauf an, ob eben die fragliche Veräußerungshandlung von dem Schuldner *mit* einem bestimmten Willen, bez. doch im Zustande eines bestimmten Erkennens vorgenommen ist. Das Erforderniß *rechtswidriger* Benachtheiligung, wie es zur Fundirung der act. Paul. unabweisbar nothwendig ist, erhebt eben Ansprüche an den Seelenzustand des *handelnden* Schuldners; er muß mit *dem Bewußtsein gehandelt* haben, daß er seine Gläubiger benachtheilige. Er handelt fraudulos, wenn er, *obwohl* jenes Bewußtsein bei ihm vorhanden ist, dennoch die schädigende Handlung vornimmt. Daraus folgt aber, daß ihm ein Vorwurf aus dem Eingehen der fraglichen Handlung *nur* dann gemacht werden kann, wenn jenes Bewußtsein bei ihm vorhanden war, *als* er das fragliche Geschäft *einging*. Nur *das* Bewußtsein, welches in *diesem* Augenblicke vorhanden ist, kann, wie es soll, den Schuldner von der Eingehung des fraglichen Geschäftes abhalten; und auf der Hand liegt, daß eine Einsicht, die dem Schuldner erst kommt, *nachdem* er bereits in bindender Weise abgeschlossen hat, nach der hier fraglichen Richtung hin gänzlich ohne Einfluß bleiben muß. Die Beseitigung des eingegangenen Geschäftes hängt ja nicht von dem Willen des Schuldners ab! —

---

§. 6. (Fortsetzung.)

II.

Die eben entwickelten Grundsätze sind allerdings fundamentale; sie müssen deßhalb Anwendung finden in *allen* Fällen der act. Pauliana; also auch dann, wenn durch diese Klage die Rescission eines vom Schuldner bestellten *Pfandrechts* herbeigeführt werden soll.

Dennoch wird es erforderlich sein, den Fällen der Pfandrechtsbestellung eine eingehende Betrachtung zu Theil werden zu lassen.

Sie sind — wie auch schon früher gezeigt wurde — insofern eigenartig, als bei ihnen nicht, wie in allen anderen Fällen der act. Paul., das Vermögen des Schuldners verringert wird. — Es bleibt unvermindert; der Schuldner führt nur eine andere Vertheilung desselben unter seinen Schuldnern herbei, als sie ohne sein Eingreifen, ohne die Einräumung des angefochtenen Pfandrechts an den bevorzugten Gläubiger, gewesen sein würde. —

Worin besteht das „consilium fraudandi", wenn es sich um ein Pfandrecht handelt, welches der Schuldner seinem Gläubiger bestellt hat? Was muß der Schuldner, als er das fragliche Pfandrecht einräumte, gewollt, bez. erkannt haben, damit man von ihm sagen dürfe, er habe bezüglich der nichtbedachten (Mit-) Gläubiger fraudandi animo gehandelt?

Diese Frage wird nur beantwortet werden können, wenn zuvor vollständige Klarheit darüber erlangt ist, wie der Gesetzgeber überall dahin gelangte, auch ein vom Schuldner (für eine octus obligatio) bestelltes Pfandrecht der Anfechtung durch Paul. actio auszusetzen.

Die Quellen geben hierüber directe Auskunft nicht!

L. 2. D. h. t. — vel quem alium in fraudem creditorum praeponat.

L. 6. §. 6. eod. — totum enim hoc Edictum ad contractus pertinere, in quibus Praetor non interponit; utputa pignora venditionesque.

L. 10. §. 13. eod. Si cui solutam quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit: hai actione tenebitur, ut est saepissime constitutum.

L. 22. eod. (Scaevola lib. 5 Responsorum.)
Quum in vetus creditum unus creditor pignora accepisset: quaero, an in fraudem caeterorum factum nullius momenti esset? Respondit, creditorem non ideireo prohibendum a persecutione pignorum, quod in octus creditum ut obligaretur, pactus esset: nisi id in fraudem caeterorum creditorum factum sit et ea via juris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent. —

Gesetzt, X schuldet A und B jedem 100; sein ganzes Vermögen besteht (nur) in 100; er giebt sie an A; — diesem kann — wie

die herrschende Meinung gewiß mit vollstem Rechte annimmt! — durch act. Paul. nichts entrissen werden; B geht somit leer aus.

Der Grund, weßhalb dem A nichts genommen werden kann, ist der: er erhält nicht allein nur so viel, als er zu fordern hat, — also nicht mehr; er erhält auch eben nur **das, was** er zu fordern hat, d. h. die geschuldete Sache selbst, nicht (nur) den Werth derselben, dargestellt in einem anderen Gegenstande.

Wäre — wie nach dem Vorgange von Hofschuher, Theorie und Casuistik B. II. 2. S. 1020, auch Schönemann a. a. O. S. 21 annimmt — der die Anfechtung ausschließende Grund der: daß (die) Zahlung (einer fälligen Schuld) überall keine Vermögensverminderung enthalte, weil durch die Zahlung die Verringerung der Passiva zu gleichen Betrage bewirkt werde, — weil Schulden haben kein Haben, und Schulden zahlen keine Minderung des Vermögens sei, da bona non intelligunter, nisi deducto aere alieno; — so könnte nicht wohl zweifelhaft sein, daß auch eine in solutum datio — vorausgesetzt, die als Erfüllung gegebene Sache war nicht mehr werth, als der Schuldbetrag! — gleichfalls aller Anfechtung mittels der act. Paul. entzogen wäre. Denn auch durch sie würde das Vermögen insofern nicht vermindert, als ja der Schuldner eben durch die Hingabe von der getilgten Verbindlichkeit befreiet wird.

Ein Resultat, welches — anscheinend — doch auch Schönemann — a. a. O. S. 27. — nicht billigt.

Ist aber der Grund, weshalb dem Schuldner, der den geschuldeten Gegenstand erhalten hat, nichts entrissen werden kann, der oben angegebene, so liegt auf der Hand, daß bei der in solutum datio Anwendung von ihm nicht gemacht werden kann: denn der Gläubiger erhält zwar an Werth nicht mehr, als er zu fordern hat; aber er erhält diesen Werth in einem Gegenstande, auf welchen er keinen Anspruch hatte. —

Was folgt nun daraus, daß dem A, der zu voll befriedigt ist, nichts entrissen werden kann, während B gänzlich unbefriedigt bleibt? Zunächst: dem Gläubiger, der nur erhalten hat, was er zu fordern berechtigt war, kann das Erlangte nicht wieder genommen werden; sodann: der Schuldner kann allerdings, und zwar mit bleibendem Erfolge, den einen seiner Gläubiger vor dem andern bevorzugen; er

thut dies in dem erwähnten Falle so entschieden, wie nur möglich; denn A wird vollständig befriedigt, B erhält nichts! —

Wenn in dem gedachten Falle X nicht 100, sondern den Sklaven Stichus besitzt, der 100 werth ist; wenn er dann, um auf diese Weise dem A Befriedigung zuzuwenden, diesem ein Pfandrecht an dem Stichus bestellt; von welchem Standpunkte aus kann man dahin gelangen, dem B die Anfechtung dieses Pfandrechtes mittels der act. Paul. zu gestatten?

Muß man nicht sagen: A hat 100 zu fordern; wären diese 100 ihm gegeben, — an ein Entreißen wäre nicht zu denken! Wenn nun A kraft des ihm eingeräumten Pfandrechts den Stichus verkauft und auf diesem Wege 100 erhält, — erhält er dann nicht genau, was er zu fordern berechtigt ist?! Ferner, der Schuldner darf ja, wie eben gezeigt, den einen seiner Gläubiger vor dem andern insofern bevorzugen, als er ihm zahlt, was er schuldet. Auch in dem erwähnten Falle thut er nichts Anderes! A wird befriedigt, B geht leer aus! Allerdings giebt der Schuldner nicht sofort die geschuldeten 100 an A; er verkauft auch nicht selbst den Stichus und giebt die als Kaufpreis erlangten 100 an ihn; er setzt vielmehr A durch Einräumuug des Pfandrechts (nur) in die Lage, sich selbst durch Verkauf des Stichus 100 zu verschaffen. Warum soll eben dieses und nur dieses unzuläßig sein?

Hierauf ist zu erwiedern: allerdings, der Schuldner kann den einen seiner Gläubiger vor allen Mitgläubigern dadurch bevorzugen, daß er ihn befriedigt. Mithin reicht der Umstand allein, daß der Schuldner, der ein Pfandrecht einräumt, einen Bevorzugungsact vornimmt, nicht aus, um die Zuläßigkeit der act. Paul. zu erklären. Aber Folgendes kommt hinzu! Der Schuldner darf zwar durch Gewährung der Befriedigung bevorzugen; aber er darf das nur insofern er dem Gläubiger eben das und nur das giebt, was dieser zu fordern hat. Es liegt somit auf der Hand, weßhalb die Fälle: der Schuldner zahlt die geschuldeten 100 an A! und: er räumt dem A ein Pfandrecht an dem Stichus ein, damit dieser, sein Recht nutzend, durch Verkauf des Stichus 100 sich verschaffe! — verschieden beurtheilt werden müssen. Die beiden Fälle sind nicht schon um deswillen gleich zu beurtheilen, weil in beiden das endliche Resultat dasselbe ist, — A erhält 100; — sie werden vielmehr

dieser Gleichheit im endlichen Resultate ungeachtet von folgendem Gesichtspunkte aus durchaus verschieden beurtheilt werden müssen: A hat nur 100 zu fordern; er kann nicht begehren, daß diese 100 ihm, dargestellt in dem Stichus, gegeben werden; wenn der Schuldner selbst den Stichus verkauft und die als Kaufpreis erlangten 100 dem A giebt, so erhält A immer doch gerade nur, was er zu fordern hat; — und wie der Schuldner sich die Mittel zur Befriedigung verschafft, geht ihn nichts an; wenn aber der Schuldner ihm ein Pfandrecht am Stichus einräumt, damit er in Ausübung dieses Rechtes durch Verkauf des Stichus den Werth dieses in 100 umsetze und dann diese 100 behalte, so erhält er, zunächst wenigstens, Rechte, auf welche er keinen Anspruch hat, — an einem Gegenstande, der ihm nicht geschuldet wird. Diese zu Ungunsten der Mitgläubiger einzuräumen, ist der Schuldner nicht berechtigt! Eine solche wenn auch nur einstweilige Substitution (durch Bestellung des Pfandrechts am Stichus) vorzunehmen, ist der Schuldner (in seinem Verhältnisse zu den übrigen Gläubigern) nicht (mehr) befugt, weil so weit das (klagbare) Recht des betreffenden Gläubigers nicht reicht; weil der Schuldner mithin freiwillig, ohne Zwang die Lage der nichtbedachten Gläubiger verschlimmert. Er darf dies, wenn er giebt, was er schuldet; er darf es nicht, sobald er etwas giebt, was er nicht schuldet! Im erwähnten Falle schuldet er 100; nicht den Stichus; auch nicht 100, dargestellt im Stichus; auch kein Recht am Stichus! —

Verdient die eben entwickelte Anschauung Billigung, so ist dann auch die Beantwortung der Frage: was muß der Schuldner, als er das Pfandrecht (für eine vetus obligatio) bestellte, gedacht haben, damit von ihm angenommen werden dürfe, er habe fraudandi animo gehandelt? — manchem Zweifel entrückt. Der Schuldner handelt fraudulos, d. h. er verletzt mit Bewußtsein die Rechte der betreffenden Gläubiger, wenn er bei Einräumung des Pfandrechts erkannte, daß der Erfolg seines Handelns die Verkürzung der nicht in gleicher Weise bedachten (Mit-) Gläubiger sein werde.

Hieraus ergiebt sich nun zunächst, daß jenes Erkennen nur bei dem Schuldner vorhanden sein kann, der in jenem Augenblicke weiß, daß er zahlungsunfähig ist. Wenn er glaubte, daß seine Mittel zur Befriedigung aller seiner Gläubiger ausreichen würden,

dann konnte er nicht meinen, daß er die nicht in gleicher Weise bedachten Gläubiger durch die Bestellung des fr. Pfandrechtes benachtheilige. Denn darauf, daß er dem betreffenden Gläubiger durch das eingeräumte Pfandrecht vielleicht Befriedigung an einer früheren Stelle im Prioritätsurtheile verschaffte, kam hier überall nichts an! Keiner der Gläubiger ist im geringsten benachtheiligt, sobald er nur rechtzeitig zu voll befriedigt wird; an welcher Stelle er locirt war, ist bedeutungslos. Eben aber an eine derartige wahrhafte Benachtheiligung kann der Schuldner nicht glauben, der dafür hält, daß seine Mittel zur Befriedigung aller Gläubiger ausreichen.

Die Verhältnisse liegen auch einigermaßen anders und zwar einfacher, als in allen sonstigen Fällen, in welchen oben die act. Paul. für zulässig gehalten ist. Denn abgesehen davon, daß die Bestellung eines Pfandrechtes das Vermögen des Schuldners nicht vermindert, somit an eine erst durch den anzufechtenden Dispositionsact herbeigeführte Zahlungsunfähigkeit nicht zu denken ist: so **kann** auch ein Schuldner, der seiner Zahlungsunfähigkeit sich bewußt ist, **nicht** verkennen, daß er dadurch, daß er einem seiner Gläubiger ein Pfandrecht einräumt, nothwendig andere Gläubiger benachtheiligt. —

Es reicht aus, daß er dies erkannt hat. Es ist nicht erforderlich, daß er eben bestimmte Persönlichkeiten sich selbst als die Opfer seiner Handlungsweise bezeichnete; noch weniger, daß er — in wunderbarer Voraussicht der Zukunft! — bei seiner geistigen Auswahl richtig eben die Personen getroffen habe, die in der That bei der endlichen Gestaltung der Verhältnisse Opfer bringen müssen.

Auf der andern Seite wird man aber auch hier anzuerkennen haben, daß die Gläubiger, welche der Schuldner durch das eingeräumte Pfandrecht entschieden nicht getroffen wissen wollte, zur Anstellung der act. Paul. nicht befugt sind. Bezüglich ihrer ist eben festgestellt, daß der animus fraudandi nicht vorhanden war! Aber auch hier versteht sich von selbst, daß nach den Umständen wird beurtheilt werden müssen, ob der Schuldner jenen ausschließenden Willen vernünftigerweise haben konnte. Ohne diese Einschränkung stände es in seiner Macht durch das unverständigste Meinen jedem Gläubiger sein Klagrecht zu nehmen. —

Nach einer andern Richtung hin scheint jedoch eben der Fall der Pfandrechtsbestellung nicht unerhebliche Schwierigkeiten zu bereiten.

Man könnte sagen — und die weiter unten mitzutheilenden Entscheidungen werden zeigen, daß in der That so argumentirt ist —: der animus fraudandi setzt das Bewußtsein der Verletzung der Interessen der betreffenden Gläubiger voraus; deßhalb kann von einem solchen Bewußtsein überall nicht die Rede sein, wenn der Schuldner gegen ausreichendes Aequivalent weggiebt; ein solches Aequivalent ist aber stets darin zu erblicken, daß der Gläubiger, dem das Pfandrecht eingeräumt wird, die sofortige Geltendmachung des betreffenden Anspruches unterläßt; und wenn es nicht stets sollte darin erblickt werden müssen, so wird es doch unter Umständen darin erblickt werden dürfen!

Man mache sich die Tragweite dieser Argumentation klar! Wenn in der That in dem Unterlassen der sofortigen Geltendmachung des fraglichen Anspruches ein ausreichendes Aequivalent erblickt werden muß, so wird die act. Paul. mit Recht für unzulässig gehalten; wenn aber dieses Aequivalent stets von dem bevorzugten Gläubiger geleistet wird, so giebt es überall keinen Fall mehr, in welchem die Bestellung eines Pfandrechtes (für eine vetus obligatio) von Mitgläubigern angefochten werden könnte.

Das zu behaupten wird man nun allerdings den klar redenden Gesetzesstellen gegenüber wohl Anstand nehmen! Ist deßhalb aber der Grundgedanke selbst ein durchaus verwerflicher? Und wenn nicht, wo ist die Grenze zu ziehen? Die Antwort wird genügend nur gegeben werden können, wenn man die einzelnen möglichen Fälle einer gesonderten Betrachtung würdigt.

A. Fälle, in welchen das Pfandrecht für einen bereits fälligen Anspruch bestellt ist.

Erste Kategorie. Der Gläubiger erlangt die Bestellung des Pfandrechts ohne irgend etwas hiefür zu geben; er hat auch nicht zu versprechen nöthig gehabt, daß er für eine bestimmte Zeit den fraglichen Anspruch nicht geltend machen wolle.

In diesem Falle möchte es doch geradezu unmöglich sein, von irgend einer Gegenleistung zu reden. Nicht einmal in der zeitweiligen Nichtgeltendmachung des Anspruches kann ein Aequivalent erblickt werden; denn kein rechtliches Hinderniß steht der sofortigen Geltendmachung entgegen! Daß diese dennoch — factisch — unterbleibt,

ist um so bedeutungsloser, als dies, wenn es geschiehet, auf freiem Entschlusse des Gläubigers beruhet.

Zweite Kategorie. Der Gläubiger erkauft zwar das Pfandrecht nicht durch Hingabe irgend welches Gegenstandes; er verspricht aber dafür, daß dasselbe ihm bestellt wird, den durch dasselbe gesicherten Anspruch bis zu einem bestimmten Zeitpunkte nicht geltend zu machen.

Mit welchem Rechte in einem derartigen Falle gesagt werden möchte: der Schuldner handelte um deswillen nicht fraudulos, weil er in zulässiger Weise Erlaubtes erstrebte! — ist schon an einem früheren Orte besprochen. Hier kommt es darauf an, ob gesagt werden darf: der Schuldner hatte eine fraudulose Absicht um deswillen nicht, weil er ein ausreichendes **Aequivalent** erhielt; weil eben deßhalb das Bewußtsein der Benachtheiligung irgend welcher Gläubiger bei ihm nicht vorhanden sein konnte!

Allein diese Auffassung ist sicherlich keine berechtigte! Was gelangt denn effectiv dadurch in das Vermögen des Schuldners, daß der Gläubiger die Geltendmachung seines Anspruches hinausschiebt? Selbst wenn die Eröffnung des Concurses auf diese Weise abgewendet wird, — besitzt der Schuldner mehr!? Die Verzögerung der Geltendmachung des fraglichen Anspruches soll ihm nur die Möglichkeit zu anderem Erwerbe gewähren! Darin mag vielleicht insofern eine Gegenleistung erblickt werden dürfen, als der Gläubiger, der die Geltendmachung hinausschiebt, des erlangten Pfandrechtes ungeachtet, seine Interessen gefährdet, mithin sich Nachtheilen aussetzt, — irgend eine Zuwendung an den Schuldner kann darin niemals enthalten sein. Darauf aber kommt es an, wenn es sich um ein Aequivalent handelt, durch dessen Annahme die fraudulose Absicht des Schuldners ausgeschlossen sein soll.

Man erwäge! Die Benachtheiligung, die durch die Bestellung eines Pfandrechts den nicht bedachten Gläubigern zugefügt wird, besteht darin, daß Mittel, die sonst zu ihrer Befriedigung würden verwendet sein, jetzt zur Befriedigung des bevorzugten Gläubigers verwendet werden müssen; daß der Schuldner diesen benachtheiligenden Erfolg voraussiehet und dennoch die fragliche Handlung vornimmt, — das eben ist die fraudulose Absicht! Dieses Bewußtsein der Benachtheiligung der betreffenden Gläubiger wird doch nur ausgeschlossen

werden können durch Erlangung eines Aequivalents, welches Mittel zur Befriedigung der Gläubiger darbietet! Kann der Schuldner mit der gewährten Befristung einen seiner Gläubiger befriedigen? Er denkt nicht daran; er hofft (nur), daß das mit dem Gewinn möglich sein werde, den er in der erlangten Frist vielleicht erziele. Also wiederum: nur Zeit zum Hoffen, vielleicht auch zum Handeln wird gewährt! Das ist kein Aequivalent, geeignet, um das consilium fraudandi nach der hier entscheidenden Richtung hin auszuschließen!

Außerdem, — wollte man in solchen Fällen die act. Paul. von dem angedeuteten Standpunkte aus zurückweisen; — würde überall wohl jemals noch eine Pfandrechtsbestellung wirksam mit der gedachten Klage angegriffen werden können? Denn thatsächlich werden sich die Dinge immer so gestalten, daß der Gläubiger, dem das Pfandrecht eingeräumt wird, die sofortige Geltendmachung seines Anspruches unterläßt; und eben weil dies so wie so der Fall, wird er auf Wunsch auch kein Bedenken tragen, für eine bestimmte Zeit eine bindende Erklärung abzugeben. Das aber reicht dann unter allen Umständen aus, um die fraudulose Absicht des Schuldners auszuschließen, sei die gewährte Frist auch noch so gering; denn offenbar willkührlich würde es sein, einen Unterschied in der Beurtheilung der Fälle eintreten zu lassen, etwa nach der Dauer der gewährten Befristung. Was von zehn Jahren gilt, muß auch von einem Jahre gelten, was von einem Jahre auch von einem Monat, von einem Tage![1]) —

Es scheint somit die Annahme durchaus gerechtfertigt: in den erwähnten Fällen ist die Gegenleistung des bevorzugten Gläubigers — wenn man überall von einer solchen reden darf! — keineswegs eine solche, daß im Hinblick auf sie der Schuldner glauben könnte, er verletze keinen seiner Gläubiger. Eben deßhalb aber handelt er fraudandi animo! —

---

[1]) A. M. Dernburg a. a. O. S. 200 „— — da das Stehenlassen einer fälligen Forderung als das Aequivalent für den Erwerb des Pfandrechtes anzusehen ist."

Dann würde von Rescission eines Pfandrechtes durch act. Paul. wohl nur noch die Rede sein können, wenn dasselbe für eine noch nicht fällige Forderung bestellt war.

Dritte Kategorie. Für die Einräumung des Pfandrechts erfolgt eine wirkliche Gegenleistung, d. h. eine Leistung, durch welche die dem Schuldner zu Gebote stehenden Befriedigungsmittel in der That vermehrt werden.

Es läßt sich nicht verkennen, daß dann allerdings der Schuldner unter Umständen ohne consilium fraudandi gehandelt haben kann. Entscheidend sein wird aber nicht schon der Umstand allein, daß überall irgend ein Aequivalent gegeben ist; sondern es wird darauf ankommen, ob mit Rücksicht auf dieses Aequivalent und die sonstige Belegenheit des Falles der Schuldner der Ansicht sein konnte, daß nunmehr durch sein Handeln keiner seiner Gläubiger benachtheiligt werde.

Gesetzt, X schuldet dem A und B, jedem 100; sein ganzes Vermögen besteht im Sklaven Stichus, der 100 werth ist; X räumt dem A gegen Zahlung von 10 ein Pfandrecht am Stichus ein. Daß hier in der That ein Aequivalent für die Einräumung des Pfandrechts gegeben sei, kann nicht bestritten werden; dennoch werden die Verhältnisse des X durch die Erlangung dieses Aequivalents nicht solche, daß er nun glauben könnte, seine Handlungsweise benachtheilige den B nicht. Wie würden sich die Dinge gestalten? X hätte nicht mehr, wie früher, (nur) 100, sondern 110 im Vermögen; von diesem Vermögen erhielte A, indem er das am Stichus ihm eingeräumte Pfandrecht geltend macht, 100; für B bleiben 110 übrig. Der Schuldner X konnte also nicht glauben, daß er den B nicht benachtheilige. Im Erkennen dieses Erfolges liegt eben die fraudulose Absicht!

Angenommen aber — der Fall wird zwar selten genug vorkommen, daß eine so erhebliche Gegenleistung verlangt wird! — A gab für, die Einräumung des Pfandrechts 50. Dann allerdings würde der Schuldner zu der Annahme berechtigt sein, daß seine Handlungsweise den B nicht benachtheilige; denn dann sind für B, nach Befriedigung des A, noch 50 übrig; und mehr als 50 würde er nicht erhalten haben, auch wenn dem A ein Pfandrecht nicht eingeräumt wäre; er hätte dann mit diesem die vorhandenen 100 theilen müssen. —

Der Grundsatz, nach welchem Fälle der gedachten Art zu entscheiden sind, möchte demnach der folgende sein: Der Schuldner handelt ohne animus fraudandi, wenn das für die Einräumung des Pfandrechts

bedungene Aequivalent sein Vermögen insoweit vermehrt, daß nun, eben durch die Hinzunahme dieser — Vermehrung, die nicht bedachten Gläubiger mindestens eben so viel erhalten, als sie erhalten haben würden, wenn dem bevorzugten Gläubiger das fragliche Pfandrecht nicht eingeräumt wäre. — —

Die oben entwickelten Anschauungen sind anscheinend sehr weit davon entfernt, allgemein getheilte zu sein.

Um das zu zeigen, mehr aber noch, um durch Zurückweisung der gegnerischen Argumentationen Unterstützungsmomente für die gebilligte Anschauung zu gewinnen, sollen zunächst einige Entscheidungen höchster Gerichte mitgetheilt, sodann aber auch die abweichenden Meinungen einiger Rechtslehrer vorgelegt werden.

Das Ob. App. G. Wiesbaden sprach aus (Seuffert, I. Nr. 392): daß Insolvenz zur Zeit der Bestellung des Pfandrechts und Kenntniß dieses Zustandes bei dem Schuldner (und dem betreffenden Gläubiger) nicht ausreiche, um die act. Paul. zu begründen.

„Darin allein, daß ein Gläubiger sich für eine unzweifelhaft wirklich fällige Schuld Sicherheit — zu verschaffen sucht, kann keine betrügerische Absicht und in der Bestellung der geforderten Sicherheit keine widerrechtliche Begünstigung gefunden werden, die Gesetze erklären vielmehr die Annahme der Pfandbestellung von Seiten des Gläubigers qui sine fraudandi animo sibi vigilavit für rechtsgiltig.“ —

Was versteht das Urtheil unter „betrügerischer“ Absicht, die dann nicht vorhanden sein soll, wenn ein Pfandrecht für eine wirklich fällige Schuld bestellt wird? Es scheint dabei willkührlich an Elemente gedacht zu sein, welche wenigstens in den Beispielen, wie sie die Quellen enthalten, Begründung nicht finden. Sind die in dem mitgetheilten Urtheile gebilligten Grundsätze richtig, so wird es — von der Pfandrechtsbestellung für einen noch nicht fälligen Anspruch wird hier einstweilen abgesehen — kaum noch Fälle geben, in welchen ein Pfandrecht wirksam mit der act. Paul. angefochten werden könnte.

Eine solche Auffassung ist doch aber mit den Quellen ganz unvereinbar! Darüber, wann das consilium fraudandi bei dem Schuldner vorhanden sei, stellen die Quellen keinen bestimmten Lehrsatz auf; sie geben nur in der Weise Auskunft darüber, daß sie die

Entscheidung einzelner Fälle mittheilen. Die Elemente des consilium fraudandi werden deshalb auch nur entwickelt werden können im steten Anlehnen an die vorgetragenen Fälle. So ist es oben geschehen! Von alle dem aber entfernt sich das fragliche Urtheil sehr erheblich!

Wenn in den Schlußworten ein mehres sollte gefunden werden können, als vielleicht eine Billigung der — sicherlich verwerflichen! — s. g. Gratifikationstheorie; und wenn nicht wieder unter der Bezeichnung „sine fraudandi animo" eine willkührliche Voraussetzung sich birgt: so würde der Grundsatz, zu welchem das Gericht gelangt, consequent so lauten müssen: auch der Gläubiger, der durch ein (später) vom Schuldner ihm eingeräumtes Pfandrecht Befriedigung erlangt, erhält immer doch nur, was er zu fordern berechtigt ist! Dann aber könnte in Fällen dieser Art wohl niemals von der act. Paul. die Rede sein; denn dem Gläubiger, der nur erhält, was er fordern darf, kann nichts entrissen werden!

Die einzige von den in dem gedachten Urtheile herangezogenen Gesetzesstellen, die vielleicht mit einigem Scheine benutzt werden kann, ist L. 22 D. h. t. Die Stelle ist oben mitgetheilt. Wenn es in derselben heißt: „Respondit, creditorem non id circo prohibendum a persecutione pignorum, quod in vetus creditum, ut obligaretur pactus esset: nisi id in fraudem caeterorum creditorum factum sit" —, so ist das durchaus richtig. Keineswegs unter allen Umständen kann ein vom Schuldner einem Gläubiger (für ein vetus creditum) bestelltes Pfandrecht angegriffen werden; es ist zunächst unabweisbar dazu erforderlich, daß die „übrigen Gläubiger" geschädigt sind. Aber auch das reicht nicht aus. Es muß auch auf seiten des verpfändenden Schuldners „fraus" vorhanden sein; d. h. er muß bei Einräumung des fraglichen Pfandrechts die Benachtheiligung der übrigen Gläubiger erstrebt, wenigstens doch erkannt haben.[2])

---

[2]) Es kann auffallen, daß in L. 22 gefragt wird, ob das fragliche „factum nullius momenti", d. h. absolut richtig sei, während doch mit der act. Paul. nur Recission erreicht werden kann.

Dernburg — a. a. O. S. 198 Not. 20. — meint, man sei zur Zeit des Scaevola — von ihm rührt die gedachte Gesetzesstelle her — geneigt gewesen, die Vorschriften älterer leges zu generalisiren, und so möchten manche Practiker sich veranlaßt gesehen haben, die Bestimmung der lex Aelia Sentia, nach welcher Manumissionen in fraudem creditorem nichtig sein sollten,

Das schon früher erwähnte Urtheil des Ob.=App.=G. Celle (Seuffert, IX. Nr. 356.), nachdem es den ohne Zweifel richtigen Grundsatz ausgesprochen hat, daß die fraudulose Absicht des Schuldners keineswegs nur vorliege, wenn die Verkürzung der Gläubiger unmittelbar bezweckt sei, sondern auch dann schon, wenn der Cridar (und der begünstigte Gläubiger) in dem Bewußtsein gehandelt haben, daß die übrigen Gläubiger verkürzt werden; — trägt dennoch Bedenken, diesen Grundsatz auch dann zur Geltung gelangen zu lassen, wenn es sich um die Anfechtung von Pfandrechten handelt.

„Soll — so heißt es weiter — Hypothekbestellung angefochten werden, so läßt aus dem Umstande (allein), daß die Insolvenz des Cridars diesem (und dem begünstigten Gläubiger) bekannt gewesen, an und für sich und ohne Berücksichtigung der übrigen Verhältnisse jenes Bewußtsein nicht mit Sicherheit sich folgern."

Warum nicht? — wird man mit Recht fragen. Was darüber hinaus noch erreicht werden soll durch eine Berücksichtigung der übrigen Verhältnisse — verschweigt das Urtheil. Ist es denn aber überall möglich — vernünftiges Denken wird allerdings beim Schuldner vorausgesetzt! — daß dieser, sobald er nur an seiner Insolvenz nicht zweifelt, verkennen kann, daß er das, was er durch das eingeräumte Pfandrecht dem bevorzugten Gläubiger verschafft, andern Gläubigern entziehet? Wenn das vorhandene Vermögen an sich schon nicht zur Befriedigung der betreffenden Gläubiger ausreicht, — müssen diese nicht nothwendig dann verletzt werden, wenn die an sich schon nicht ausreichenden Befriedigungsmittel noch mehr verkürzt werden! Und mehr, als eben diese Einsicht kann doch nicht verlangt werden, um annehmen zu dürfen: der Schuldner habe mit dem Bewußtsein der Verkürzung der fraglichen Gläubiger gehandelt! —

Ein Urtheil des Ob.=App.=G. Oldenburg (Seuffert, III. Nr. 249) spricht sich so aus:

„Damit die act. Paul. mit Erfolg könne angestellt werden, reicht nicht aus, daß wissentlich benachtheiligt sei; es ist

---

(Gaj. I. 37.) auf Veräußerungen überhaupt anzuwenden; — eine Ansicht, der Scaevola eben entgegen tritt.

v. Savigny — Syst. IV. S. 338. Not. 6. — erblickt in der L. 22 cit. ein Anzeichen schwankenden Sprachgebrauchs. Die Stelle beweise, daß der Ausdruck „nullius momenti" auch „Rescissibilität" bezeichne.

betrügliche Absicht nothwendig; wissentliche Benachtheiligung schließt nicht die betrügerische Absicht in sich. Gesetzt z. B., der Schuldner bestellt ein Pfandrecht, nicht um den betreffenden Gläubiger zu begünstigen, bez. die übrigen Gläubiger zu verkürzen, sondern lediglich, um seinen Credit aufrecht zu erhalten. Die act. Paul. ist nicht zulässig! Es fehlt das consilium fraudandi! Dies liegt nicht vor, weil die Begünstigung des einen Gläubigers bez. die Benachtheiligung der übrigen nicht der nächste Zweck war."

Mit diesen Grundsätzen wird man sich nicht einverstanden erklären können; sie sind schon oben zu widerlegen gesucht. Was aber das gewählte Beispiel betrifft, so liegt die Sache doch wohl so: es mag sein, daß der Schuldner durch die Bestellung des fraglichen Pfandrechtes nicht die Verkürzung der übrigen Gläubiger direct erstrebte; es mag sein, daß das Motiv, welches ihn zunächst bestimmte, ein durchaus erlaubtes war; — er soll aber nicht zu dem Mittel greifen, zu welchem er gegriffen hat; er soll dies unterlassen, weil er nicht verkennt, daß die Benutzung dieses Mittels auch den Erfolg haben werde, andere seiner Gläubiger zu benachtheiligen; er handelt unter allen Umständen widerrechtlich, wenn er diesen Erfolg herbeiführt. Daß er diesen Erfolg voraus siehet und dennoch die Handlung vornimmt, die ihn herbeiführt, — darin eben besteht das consilium fraudandi! Was er daneben gehofft und gewünscht hat, ist gleichgiltig; seine Handlungsweise ist nach wie vor eine widerrechtliche. —

Auch die Ansichten der Schriftsteller gehen weit auseinander. Die Klarheit der Darstellung wird häufig noch dadurch beeinträchtigt, daß mit der allein hier aufgeworfenen Frage: wann ist anzunehmen, daß der das Pfandrecht bestellende Schuldner fraudandi animo gehandelt habe? die andere Frage vermengt wird: ist es, damit der Gläubiger, dem das Pfandrecht bestellt ist, mit der act. Paul. belangt werden könne, nothwendig, daß er um die fraus des Schuldners gewußt habe; und, wenn dies erforderlich, wann ist eine solche conscientia anzunehmen?

Holzschuher, Theorie und Casuistik. Bd. III. S. 1164.

„Pfandbestellung bildet ein neues Rechtsgeschäft, wobei allerdings von mala fides auf Seiten des Empfängers die Rede,

mithin die paulianische Klage möglicher, wenn gleich nicht nothwendiger Weise anwendbar sein kann. — —

Eine Pfandbestellung auf gerichtliche Klage oder außergerichtliches Andringen des Gläubigers unterliegt der act. Paul. nicht, denn da macht der Gläubiger keinen lucrativen Erwerb, indem er auf längere Zeit creditirt und sich anderen Schwierigkeiten und Gefahren aussetzt; anders ist es aber, wenn der Schuldner, ohne daß für eine fällige Schuld ein Andrängen des Gläubigers vorlag, eine Hypothek bestellt; denn da macht er einen lucrativen Erwerb, indem er zu seinem Forderungsrechte noch ein neues Recht, das Pfandrecht ohne Gegenleistung erhält."

Also: wenn der Schuldner ohne „Andringen" des Gläubigers das Pfandrecht bestellt hat, dann erwarb der Gläubiger lucrativ!

Was ist „Andringen"? Wo hört das Wünschen, das Bitten auf und beginnt das Dringen? Auf welch schwankendem Boden wird da aufgebauet! Aber ganz abgesehen hiervon, — sollte denn der Schuldner zu einem Eingriffe in die Rechte der übrigen Gläubiger, zu dem er nur „gebeten," nicht berechtigt sein würde, „gedrängt" berechtigt sein?! Oder will man jede Bitte „Drängen" nennen, und dann die act. Paul. nur zulassen, wenn der Schuldner das Pfandrecht durchaus freiwillig offerirt hat!

Wenn in die Erörterung auch der Gesichtspunkt hinein gezogen wird, daß der Gläubiger nicht lucrativ erwerbe, indem er ja Stundung ertheile, — so ist darauf schon oben geantwortet. Dieser Gesichtspunkt könnte aber doch wohl nur in der Weise verwerthet werden, daß man sagte: die zeitweilige Unterlassung der Geltendmachung seines Anspruches ist eine ausreichende Gegenleistung für die Einräumung des Pfandrechts! Auch dann ist die act. Paul. unzuläßig. Sie ist es aber nicht allein gegen den erwerbenden Gläubiger, weil er nicht lucrativ, sondern gegen ausreichendes Aequivalent erworben hat; sondern es kann von ihr überall keine Rede sein, aus dem schon viel näher liegenden Grunde: das Vermögen des Schuldners ist nicht verringert; somit auch keiner der Gläubiger durch den fraglichen Dispositionsact benachtheiligt! —

Dernburg a. a. O. I. S. 198.

„Die neueren Schriftsteller betrachten dagegen häufig ohne weiteres als genügend zur Annahme einer fraus, daß dem

Schuldner bei Vornahme der Pfandbestellung die materielle Insolvenz seines Vermögens bereits bekannt war. Wir geben zu, daß eine unter solchen Umständen vorgenommene Schenkung den Stempel des Fraudulosen trüge; eine Pfandbestellung aber, ein oneroses Rechtsgeschäft, welches der materiell Insolvente noch vornahm, fällt keineswegs an und für sich in die gleiche Kategorie.

Als betrügerisch erscheint ja nur ein Geschäft, mit welchem der Schuldner eine Verkürzung aller oder einzelner Creditoren bezweckte. Denken wir aber, der Schuldner ist zwar augenblicklich zahlungsunfähig, doch nicht ohne Hoffnung, für den Fall des Vermeidens des öffentlichen Concurses sich zu erholen und allen seinen Gläubigern vollständiger, als dies im Augenblicke möglich wäre, Genüge zu thun; bei solcher Sachlage wird er von einem seiner Creditoren — — zur Pfandbestellung gedrängt; hier ist ihm die Absicht der Benachtheiligung anderer Gläubiger völlig fremd; ihn leitet im Gegentheil Rücksicht auf das Wohl des Gläubigercorps, wie auf das seine. Würde man auch solche Pfandbestellung verbieten — so wäre die Folge Ausbruch des Concurses in Fällen, in denen er vielleicht vermeidlich war, meist allen Interessenten zum Nachtheil.

Anfechtbar ist dagegen eine Pfandbestellung, wenn der Schuldner nach Lage seines Vermögens voraussehen mußte, daß der öffentliche Concurs jedenfalls in kürzester Frist unvermeidlich sei; ebenso Verpfändungen — — an Freunde, Verwandte, an die Frau, nachdem andere Gläubiger vorher oder gleichzeitig auf Sicherstellung drangen. — — Doch sind dies Alles nur Anhaltspunkte.“

Pötzl — in der „Kritischen Vierteljahrschrift“ B. 2 S. 444 — spricht sich über Dernburg's Ausführung in folgender Weise aus:

„— Nicht minder muß ich der Ansicht widersprechen, daß die Pfandbestellung von seiten eines mit seiner materiellen Insolvenz bekannten Schuldners nicht unbedingt rescissibel sei.

Die Pfandbestellung ist immer eine freiwillige Veräußerung, wodurch der Schuldner unter jener Voraussetzung mit Bewußtsein einen Gläubiger vor den andern begünstigt.

Wenn die Möglichkeit, dadurch den Concurs zum Vortheil

aller Gläubiger abzuwehren und das Rechnen auf diese Möglichkeit die act. Paul. ausschließen sollte, so müßte sie dadurch auch in solchen Fällen ausgeschlossen werden, wo der Schuldner durch Verschleuderung eines Grundstücks sich Zahlungsmittel zur Abfindung eines drängenden Gläubigers verschafft, um dadurch den Ausbruch des Concurses abzuhalten."

Gegen Dernburg möchte vorzugsweise geltend zu machen sein, daß das consilium fraudandi keineswegs nur dann vorhanden ist, wenn der Schuldner die Benachtheiligung aller oder doch einiger seiner Gläubiger direkt erstrebte; es genügt, daß er erkannt hat, daß der Erfolg seines Handelns Benachtheiligung der Gläubiger sein werde, wenn nicht etwa glückliche Zwischenfälle eintreten. Auf diese zu rechnen, hat er kein Recht! Was er vielleicht gehofft hat, kann den Gläubigern sehr gleichgültig sein! Die Thatsache muß entscheiden, daß der benachtheiligende Erfolg so objectiv in dem Handeln des Schuldners enthalten ist, daß die Abwendung nicht in seiner Macht steht.

Außerdem — auf eine wie unsichere Grundlage wird auch hier Alles gestellt! Gehört nicht fast Allwissenheit dazu, um sagen zu können: diesen Schuldner hat die Rücksicht auf das Wohl seiner Gläubiger geleitet! Die Rücksicht auf sein Wohl wird ihn sicher immer leiten! Eben aber bei dem Erstreben dieses Zieles sind ihm Grenzen gezogen durch die Rücksichten, die er — nach Vorschrift des Gesetzes! — auf die Interessen seiner Gläubiger nehmen soll! —

Schoenemann, a. a. O. S. 31.

„Was aber die weitere Voraussetzung: consilium fraudandi auf Seiten des Hypothekbestellers und conscientia fraudis auf Seiten seines Gläubigers betrifft, so wird — — diese nicht in allen Fällen anzunehmen sein.

Als entscheidend halten wir auch hier das Princip, daß es darauf ankommt: ob der Gläubiger ein (nöthigenfalls vielleicht sogar klageweise durchzusetzendes) Recht auf das, was er erlangte, also hier auf die Hypothekenbestellung, hatte, oder nicht. Besaß er ein solches Recht, so wird man zwar auf Seiten des Schuldners nichts desto weniger unter Umständen betrügerische Absicht annehmen können, aber nicht auf Seiten des Gläubigers, dessen Handlungsweise schon nach dem Satze:

qui jure suo utitur, neminem laedit, frei von Dolus erscheint und folgeweise nicht anfechtbar ist."

Hierauf dürfte sehr kurz Folgendes zu erwiedern sein.

Daß der Dritte, damit gegen ihn die act. Paul. erfolgreich angestellt werden könne, eine selbstständige betrügerische Absicht gehabt habe, kann überall nicht gefordert werden; es genügt, wenn er um das consilium fraudandi des Schuldners wußte.

Hat der betreffende Gläubiger (aus früherer Verabredung, — welche jedoch nicht selbst wiederum in fraudem creditorum eingegangen sein darf) einen Anspruch auf das (später erst) eingeräumte Pfandrecht, so ist an eine act. Paul. überall nicht zu denken. Der Schuldner giebt dann nur, was er schuldet; und dem Gläubiger, der nur erhielt, was er zu fordern berechtigt war, kann unter keinen Umständen das Erlangte entrissen werden. Wie überall jemals bei dem Schuldner, der nur giebt, was er schuldet, eine betrügerische Absicht sollte angenommen werden können, ist schwer einzusehen. —

B. Fälle, in welchen das Pfandrecht für einen noch nicht fälligen Anspruch bestellt ist.

Zunächst: die Fälle, die oben unter der zweiten Kategorie behandelt sind, können hier nicht vorkommen.

Der Gläubiger, der überall noch nicht zu fordern berechtigt ist, kann dies ihm (noch) nicht zustehende Recht auch nicht zeitweilig aufgeben. —

In Beziehung auf die Fälle der ersten Kategorie ist sofort klar, daß an dem consilium fraudandi des Schuldners nicht wohl gezweifelt werden kann.

Wenn der Anspruch, für welchen das Pfandrecht bestellt wird, noch nicht fällig war, so kann der das Pfandrecht bestellende Schuldner auch nicht einmal an eine thatsächliche Förderung seiner Interessen durch Unterlassung der sofortigen Geltendmachung des Anspruches glauben. —

Anlangend die Fälle der dritten Kategorie, so wird in dem Umstande, daß der durch das Pfandrecht gesicherte Anspruch noch nicht einmal fällig ist, kein Grund erblickt werden dürfen, der es unmöglich erscheinen ließe, daß der Schuldner, obwohl er ein Pfandrecht für einen noch nicht fälligen Anspruch einräumte, dennoch

ohne fraudulose Absicht gehandelt habe. Denn es läßt sich allerdings denken, daß das erlangte Aequivalent ausreicht, um eine Verletzung der nicht bedachten Gläubiger zu verhindern; und für Dasein oder Nichtdasein dieses durchaus objectiven Erfordernisses ist es gänzlich gleichgültig, was der Schuldner gewollt oder nicht gewollt hat. Ist aber dem Erfordernisse der Verletzung entsprochen und kommt es daneben darauf an, welche Absicht bei dem Schuldner vorhanden war; — dann allerdings wird immer wohl der Umstand nicht ohne Bedeutung bleiben, daß der Schuldner, obwohl er seine Insolvenz kannte, dennoch nicht zunächst daran denkt, die Gläubiger zu befriedigen, bez. zu sichern, denen ein schon wirksames Forderungsrecht zusteht, sondern Gläubigern Sicherstellung gewährt, die, zur Zeit wenigstens, von ihm zu fordern, überall (noch) kein Recht haben. —

---

§ 7.

I.

A. Die act. Paul. kann — abgesehen einstweilen von dem Falle der Schenkung — gegen den Dritten, mit welchem der Schuldner das Verminderungsgeschäft eingegangen ist, nur dann mit Erfolg angestellt werden, wenn dieser „fraudis conscius" war.

L. 1 pr. — L. 6. § 8 — L. 7. — L. 8. — L. 10 pr. — L. 25. pr. § 3. D. h. t. —

Hierbei möchten folgende Punkte hervorzuheben sein.

a. Damit von Anstellung der Klage überall, somit auch von ihrer Anstellung gegen den Dritten die Rede sein könne, muß zuvor alle den bislang besprochenen allgemeinen Erfordernissen Genüge geleistet sein; d. h. es muß durch den fraglichen Dispositionsact das Vermögen des Schuldners zum Nachtheil der Gläubiger verringert sein, und der Schuldner muß den betreffenden Act fraudandi animo vorgenommen haben.

Ohne diese Voraussetzungen, namentlich ohne fraudulose Willensrichtung des Schuldners, giebt es überall keine act. Paul.; also auch nicht gegen den Dritten.

Erst wenn ein Klagrecht wider den Schuldner in Wahrheit begründet ist, kann die Rede davon sein, die Klage auch gegen den Dritten zuzulassen.

Damit dies geschehen könne, muß aber zu den erwähnten Voraussetzungen noch ein besonderes Erforderniß in der Person des Dritten selbst hinzutreten: er muß „fraudis conscius" gewesen sein; er muß die fraudulose Absicht des Schuldners gekannt haben. Eine Klage gegen den Dritten ist somit überall nur denkbar, wenn sie auch gegen den Schuldner selbst begründet war. Denn hatte der Schuldner „fraudulose" Absicht, so ist — die Benachtheiligung der Gläubiger vorausgesetzt! — die Klage gegen ihn begründet; hatte er diese Absicht nicht, so kann dieselbe auch von einem Dritten nicht gekannt sein. —

Diese Kenntniß von dem consilium fraudandi des Schuldners wird durch das eigene Erkennen des Dritten nicht ersetzt; es ist entscheidend allein sein Wissen von der Absicht des Schuldners. Der Dritte, der die Zahlungsunfähigkeit des mit ihm contrahirenden Schuldners kennt, kann unter Umständen, so z. B. wenn er ein durchaus ungenügendes Aequivalent giebt, sich allerdings selbst sagen, daß das fragliche Geschäft zum Nachtheil der Gläubiger seines Mitcontrahenten gereichen muß; allein darauf, was er sich selbst sagt oder sagen muß, kommt überall nichts an. Er soll Wissen besitzen von dem Willen des Schuldners! Lediglich dieses Wissen ist entscheidend dafür, ob die act. Paul. auch gegen ihn erfolgreich angestellt werden kann.

L. 10. D. h. t. (Ulpian lib. 73 ad Edict.)

§ 2. Quod ait Praetor „sciente," sic accipimus: te conscio et fraudem participante; non enim, si simpliciter scio illum creditores habere hoc sufficit ad contendendum, teneri eum in factum actione; sed si particeps fraudis est.

§ 4. Alias autem qui scit, aliquem creditores habere, si cum eo contrahat simpliciter sine fraudis conscientia: non videtur hac actione teneri.

b. Ueber das Vorhandensein derjenigen thatsächlichen Voraussetzungen, durch welche das consilium fraudandi bedingt wird, ist allein maßgebend die Ansicht des Schuldners selbst.

Gesetzt, der Schuldner war von seiner Zahlungsunfähigkeit über-

zeugt; dennoch verminderte er sein Vermögen durch das mit dem Dritten eingegangene Geschäft. Dieser wird nicht zu hören sein, wenn er behauptet: ich habe allerdings die fraudulose Absicht des Schuldners gekannt, ich hielt aber die Meinung des Schuldners über seine Zahlungsunfähigkeit nicht für richtig; deshalb habe ich mich von Eingehung des fraglichen Geschäftes nicht abhalten lassen! Man wird entgegnen: was Du über die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners dachtest, darauf kommt nichts an; entscheidend ist, was der Schuldner selbst glaubte! Vorausgesetzt natürlich, daß seine Meinung die thatsächlich richtige war; denn, wie schon früher erwähnt, das objective Erforderniß der Benachtheiligung der Gläubiger — und die nothwendige Voraussetzung für den Eintritt dieses Erfolges ist eben die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners! — wird keineswegs ersetzt durch irriges Glauben an sein Vorhandensein. —

In ganz gleicher Weise wird geurtheilt werden müssen, wenn es sich darum handelt, ob durch das fragliche Geschäft in der That eine Verminderung des Vermögens des Schuldners herbeigeführt wurde. Auch hierüber muß entscheidend sein, was der Schuldner selbst davon gemeint hat; — vorausgesetzt jedoch auch hier, daß seine Ansicht durch die Thatsachen bestätigt ist. —

c. Es reicht unter allen Umständen aus, daß der Dritte um die fraudulose Absicht des Schuldners gewußt hat. Es kann nicht gefordert werden, daß er daneben noch irgend welche selbstsüchtige Zwecke verfolgt, z. B. Bereicherung für sich erstrebt habe. Auf das Motiv, welches ihn zur Eingehung des fraglichen Geschäftes bestimmt hat, wird überall nichts ankommen! Das Geschäft wird rescindirt, nicht, weil er, der Dritte, irgend etwas dabei gedacht oder nicht gedacht hat; sondern weil der Schuldner, sein Mitcontrahent, dasselbe in fraudem creditorum eingegangen ist, und weil ihm dieser Umstand bekannt war.

Er soll — nach dem Willen des Gesetzgebers — darin einen Grund finden, das Geschäft überall nicht, wenigstens nicht in der ihm proponirten Weise einzugehen, in welcher es eben die Gläubiger des Mitcontrahenten verletzt. Handelt er diesem Gebote zuwider — nach der Natur der Dinge kann immer nur ein wissentliches Zuwiderhandeln in Frage kommen — so wird er dadurch bestraft, daß die act. Paul. nun auch wider ihn mit Erfolg angestellt werden kann. —

d. Es kommt nichts darauf an, in welcher Weise der Dritte von der fraudulosen Absicht des Schuldners Kunde erhalten hat; es genügt, wenn diese Kunde überall nur rechtzeitig und in glaubhafter Weise an ihn gelangt ist.

Das Nächstgelegene wird zwar immer sein, daß der Dritte nach zuvoriger Uebereinkunft in förmlichem Einverständnisse mit dem Schuldner handelt, oder daß er, wenn ein solches Einverständniß nicht vorliegen sollte, die betreffende Kunde doch wenigstens durch den Schuldner selbst erhalten hat. Es ist aber gewiß nicht ausgeschlossen, daß er auch ohne jede Mittheilung von Seiten des Schuldners aus der Natur des proponirten Geschäftes, vielleicht unter Hinzunahme anderer ihm bekannter Umstände, lediglich durch eigenes Urtheil die Ueberzeugung von dem consilium fraudandi des Schuldners gewinne.

So entscheidet denn auch Ulpian — in L. 10 § 3 D. h. t. — folgenden Fall: der Dritte ist nicht „fraudis particips;“ verumtamen vendente debitore testato conventus est a creditoribus, ne emeret: an in factum actione teneatur? Et magis est, ut teneri debeat: non enim cavet fraude, qui conventus testato perseverat.

Die Gläubiger selbst, denen Benachtheiligung drohet, mahnen den Dritten von Eingehung des Geschäftes ab. Er soll auch solcher Mahnung Folge leisten! Dabei versteht sich jedoch von selbst, daß die fragliche Mahnung, um auf Berücksichtigung begründeten Anspruch zu haben, auf mehr beruhen muß, als auf gar nicht oder schlecht motivirtem Meinen der benachrichtigenden Gläubiger. Es müssen dem Dritten in glaubhafter Weise Thatsachen zur Kunde gebracht sein, aus welchen klar sich ergiebt, nicht allein, daß das fragliche Geschäft die Gläubiger schädigen müsse, sondern auch, daß der Schuldner dasselbe eingehen würde, mit dem Bewußtsein dieses Erfolges.

Ein förmliches Widerspruchsrecht, dem unbedingt müßte gehorsamt werden, steht den Gläubigern nicht zu. Sie müssen glaublich machen, was sie behaupten! Ob ihnen dies gelungen, ob sie mit Recht auf eine Wirksamkeit ihrer Mahnung rechnen durften, — darüber wird geeigeten Falles das richterliche Ermessen zu entscheiden haben. —

B. Von dem eben entwickelten Grundsatze, daß nur dann die act. Paul. wider den Dritten zulässig sei, wenn er um die fraudulose Absicht des Schuldners gewußt habe, wird eine Ausnahme gemacht, wenn der Dritte schenkweise vom Schuldner erhalten hat.

War der Beschenkte bei Annahme der Schenkung (bez. des Schenkversprechens) fraudis conscius, so findet wider ihn die act. Paul. wie in allen andern Fällen Statt; er muß dann Alles herausgeben, was er überall jemals erhalten hat: aber auch wenn er um das consilium fraudandi des Schuldners nicht gewußt hat, dennoch soll, eben weil er beschenkt ist, die gedachte Klage wider ihn zulässig sein; seine Haftung ist jedoch dann eine beschränkte; nur so viel ist er herauszugeben verpflichtet, als er in dem Augenblicke, in welchem dies Begehren an ihn gestellt wird, noch durch den fraglichen Liberalitätsact bereichert ist.

L. 6 §. 11 D. h. t. (Ulpian lib. 66 ad Edict.)

Simili modo dicimus, et si cui donatum est, non esse quaerendum, an sciente eo, cui donatum gestum sit: sed hoc tantum, an fraudentur creditores? nec videtur injuria affici is, qui ignoravit: quam lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. In hos tamen, qui ignorantes ab eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt: ultra non.

cf. L. 5 Cod. eod. (V. 75.)

Der Grund, weßhalb der Gesetzgeber diese ausnahmliche Haftung des beschenkten Dritten eintreten läßt, ist in der mitgetheilten Stelle vollkommen klar ausgesprochen: der Dritte leidet insofern keinen Verlust, als er ja keinen Anspruch auf das Gegebene hatte; er verdankt alles lediglich der Liberalität des Gebers; es ist deshalb nur billig, daß er den Gläubigern des Schenkers nachsteht; diese haben einen wirklichen Anspruch; auf ihre Kosten nimmt der Schuldner Liberalitätsacte vor.

Auf der andern Seite, — es ist wiederum nur billig, daß der Dritte nicht über die zur Zeit (noch) vorhandene Bereicherung hinaus hafte. Er wußte ja nicht um die fraudulose Absicht des Schuldners! Wenn er mithin in gutem Glauben empfing und das Erhaltene consumirte, so ist ihm nach keiner Richtung hin ein Vorwurf zu machen. Da er auch erwarten darf, ob die (benachtheiligten) Gläubiger überall

von ihm fordern werden, so bestimmt sich der Umfang seiner Verbindlichkeit nicht nach dem Maße der Bereicherung in dem Augenblicke, in welchem er (nach Empfangnahme der Bereicherung) etwa glaubhafte Kunde von dem consilium fraudandi des Schenkers erhielt; sondern nur so viel muß er herausgeben, als er noch hat, wenn nun eben die Herausgabe von ihm begehrt wird.

Daran aber ist unverrückt festzuhalten, daß auch von dieser Klage wider den Beschenkten auf Herausgabe der Bereicherung nur die Rede sein kann, wenn der schenkende Schuldner fraudandi animo gehandelt hat; also nur wenn gegen diesen die act. Paul. mit Erfolg könnte angestellt werden.

Die Klage wider den Schenknehmer ist nicht die eigentliche act. Paul.; sie erfordert nicht, wie diese, zu ihrer Begründung dolus auf seiten des Beklagten; sie ist eine Nachbildung; ihr Fundament: Billigkeit; deßhalb die Beschränkung der Haftung auf die Bereicherung. —

Es ist in neuester Zeit der Versuch gemacht, auch diese Verpflichtung des Beschenkten zur Herausgabe der Bereicherung auf den Gesichtspunkt des dolus zurückzuführen.

Schönemann — a. a. O. S. 10 — sagt: „Anders steht es, wenn er (der Dritte) auf diesen Erwerb kein Recht hatte, dieser für ihn ein reines lucrum ist. Erfährt er nun, daß er sich zum Nachtheil eines Andern bereichert hat und daß er den Erwerb auf eine Weise erhalten, die diesem gegenüber als ein Unrecht, als ein von dem Veräußerer begangenes Delict erscheint, und will er trotzdem den Erwerb behalten, so macht er sich damit des dolus des Veräußerers theilhaftig. Es widerspricht der Rechtsordnung, daß Jemand einen Gewinn an Werthen soll machen dürfen, die einem Dritten durch ein Delict entzogen worden sind, und wer sich mit der Rechtsordnung dadurch in Gegensatz stellt, daß er trotzdem die Herausgabe des ihm auf objectiv unerlaubte Weise Zugekommenen weigert, der handelt subjectiv unerlaubt, dolos."

S. 39. „Auch bei Erwerbungen ex titulo lucrativo ist die Paulianische Klage — — darauf gegründet, daß der Erwerber in dolo ist. Nur kommt nichts darauf an, ob er zur Zeit der anzufechtenden Veräußerung schon Kenntniß von der betrügerischen Absicht des Schuldners hatte. Es genügt, daß er diese Kenntniß jetzt besitzt: will er den lucrativen, auf solche unbillige Weise an ihn gekommenen,

also schlechthin unbilligen Erwerb gleichwohl behalten, so handelt er eben dolos. Dies ergiebt sich aus der Sachlage. Daneben noch das Vorhandensein des dolus zu erörtern und dessen Beweis zu verlangen, wäre unnütz."

Diese Auffassungsweise ist mindestens äußerst bedenklich. Nothwendig ist sie, dem klaren Ausspruche des Gesetzgebers gegenüber, sicherlich nicht! Weßhalb sollte es nicht ausreichen, wenn man sagt: durch positive Vorschrift ist es aus Gründen der Billigkeit gestattet, dem fraudandi animo vom Schuldner beschenkten Dritten die jeweilige Bereicherung zu entreißen?! Weßhalb erst noch das künstliche Fundament eines künstlichen dolus dadurch gewinnen, daß man sagt: der Beschenkte geräth in dolus, sobald er — auf Begehr — nicht die Bereicherung herausgiebt? Weßhalb der Klage, mit welcher die Gläubiger nur die Bereicherung fordern, den Character einer auf Sachverfolgung gerichteten rauben und sie dadurch besonderen Beschränkungen — z. B. rücksichtlich des Ueberganges auf die Erben — aussetzen, daß man auch sie zu einer actio de dolo macht?

Man erwäge außerdem noch Folgendes.

An sich kann es dem beschenkten Dritten ganz gleichgültig sein, woher das ihm Geschenkte stammt. Namentlich dann, wenn er nicht schon bei der Annahme des Geschenkes um die besondern Umstände wußte, wird gewiß nicht behauptet werden können, daß er durch spätere Kenntniß in den Zustand des dolus versetzt sei. War er aber das nicht, so braucht er auch überall nichts von dem Erlangten herauszugeben. Man bedarf also immer der positiven Gesetzesvorschrift. Weßhalb sich nun an ihr nicht genügen lassen?!

Ferner. Wollte man die Verbindlichkeit des Schenknehmers auf seine Unredlichkeit stützen, dann wäre es sicherlich nur consequent gewesen, den Umfang seiner Verpflichtung auch nach der thatsächlichen Gestaltung des Augenblickes zu bestimmen, in welchem er Kunde von der Lage der Dinge erhält. Wenn er dann auch erwarten darf, ob die Gläubiger von ihm fordern werden, so wird doch, wenn dies geschiehet, er herausgeben müssen, nicht, was er jetzt noch hat, sondern was er hatte, als er durch Kenntniß der Dinge in dolus versetzt wurde.

Endlich aber auch, — die Fiction des dolus durch nicht sofortige Befolgung des Begehrs der Herausgabe ist in manchen Fällen ge-

radezu unanwendbar. Um in der Nichtbeachtung der begehrten Herausgabe schuldvolles Handeln erblicken zu dürfen, dazu ist doch unter allen Umständen nothwendig, einmal, daß in der That eine Aufforderung an den Dritten gerichtet ist, und sodann, daß überall in der Nichtbefolgung dieser Aufforderung eine Widerrechtlichkeit erblickt werden kann. Wie nun, wenn der Dritte abwesend war, so daß eine Aufforderung an ihn nicht gelangt ist? Wie wenn in dem Augenblicke, in welchem gefordert wird, eine bestimmte verpflichtete Person (noch) nicht existirt; so z. B. wenn der Beschenkte gestorben und die hinausschiebende Bedingung noch schwebt, unter welcher er seinen Erben eingesetzt hat? Wie endlich, wenn der Beschenkte den redlichsten Willen hat, zurückzugeben, casuelle Umstände aber es ihm unmöglich machen?

Alle diese Bedenken treten nicht ein, sobald man annimmt: der Beschenkte haftet auf der rein objectiven Basis der Bereicherung; sein Wollen, sein Erkennen ist für eine Verpflichtung auf dieser Basis gänzlich bedeutungslos.

---

§ 8. (Fortsetzung).

II.

Nach der fast unbedingt herrschenden Meinung findet auch gegen Gläubiger, denen der Schuldner ein Pfandrecht eingeräumt hat, die act. Paul. nur dann Statt, wenn sie um die fraudulose Absicht des Schuldners gewußt haben. Sie werden somit behandelt, nicht wie Beschenkte, sondern wie jeder andere Dritte, der ein beliebiges Geschäft mit dem Schuldner eingegangen ist.

Vorausgesetzt, daß diese Ansicht Beifall verdient — sie soll weiter unten einer eingehenden Prüfung unterzogen werden —; dann ist die Antwort auf die Frage: wann war der betreffende Gläubiger fraudis conscius? durch frühere Ausführungen ausreichend gegeben.

Die entwickelten Grundsätze müssen dieselben bleiben, einerlei, ob der Schuldner seine Gläubiger dadurch benachtheiligt, daß er seine

Befriedigungsmittel vermindert, oder dadurch, daß er auf die Vertheilung der (ungemindert bleibenden) Mittel in ungerechtfertigter Weise einwirkt.

Der betreffende Gläubiger muß auch hier um das consilium fraudandi des Schuldners gewußt haben. Dieses „consilium“ kann nur bei dem Schuldner vorhanden sein, der im Augenblick der Pfandbestellung seine Insolvenz kennt. Hat er darüber keinen Zweifel, so kann er den benachtheiligenden Erfolg seines Handelns nicht verkennen. —

Ganz ebenso, wie in allen andern Fällen wird maßgebend sein für das richtige Erkannthaben seiner Zahlungsunfähigkeit allein die eigene Meinung des Schuldners; dem vielleicht sehr verzeihlichen Irrthum des Gläubigers über die Solvenz des Schuldners kann Gewicht nicht beigelegt werden. —

Ganz ebenso wie in allen andern Fällen, ist es gleichgiltig, woher dem betreffenden Gläubiger die Kunde von der fraus des Schuldners gekommen ist. Genug, daß er sie rechtzeitig und glaubhaft erhalten hat. — —

Ist denn aber in der That — und diese Frage soll jetzt aufgeworfen werden — die act. Paul. gegen den bevorzugten Gläubiger nur dann zulässig, wenn er, als das Pfandrecht ihm eingeräumt wurde, um die fraudulose Absicht des Schuldners gewußt hat? Ist er nicht vielmehr in den Fällen, in welchen er ein eigentliches Aequivalent, d. h. ein Aequivalent, dessen Erlangung den Schuldner zu der Annahme berechtigte, daß nunmehr die nicht bedachten Gläubiger nicht würden benachtheiligt werden, nicht gegeben hat, dem Beschenkten gleich zu achten, und deßhalb, auch wenn er nicht fraudis conscius war, die auf Billigkeit beruhende Klage auf Herausgabe der zeitweiligen Bereicherung wider ihn zulässig?

Findet wider den Gläubiger, weil er fraudis conscius, die eigentliche act. Paul. Statt, so wird das bestellte Pfandrecht ganz rescindirt werden, d. h. der Gläubiger erhält dann nicht, was er auf Grund dieses Rechtes erhalten haben würde; und was er bereits auf Grund desselben erhalten hat, muß er herausgeben? Wird nur die Herausgabe der Bereicherung von ihm gefordert, so muß er, wenn er bereits auf Grund des Pfandrechtes etwas erlangt hatte, so viel herausgeben, als er durch das Erlangte zur Zeit noch be-

reichert ist; hatte er noch nichts erlangt, so wird er an jedem Erwerbe auf Grund eben (allein) des Pfandrechts zu hindern sein. Denn jeder Erwerb auf dieser Grundlage enthielte schon in dem Augenblicke, in welchem er gemacht wird, eine Bereicherung, die sofort ihrem ganzen Umfange nach herausgegeben werden müßte. Es wäre aber offenbar unverständig, erst den Gläubiger erwerben zu lassen, damit dann die Herausgabe von ihm gefordert werde; es wird richtiger sein, ihn im Hinblick auf diese Verpflichtung zu sofortiger Herausgabe (schon) am Erwerbe zu hindern. Man gelangt somit auch hier, wenngleich von einem andern Standpunkte aus, zur vollständigen Wirkungslosigkeit des eingeräumten Pfandrechts. —

Anlangend nun die Frage selbst, so hat nach den Ausführungen Francke's — a. a. O. S. 259—262 — die gemeine Meinung kaum Widerspruch gefunden. Abgesehen von einem Urtheile des höchsten Gerichtshofes zu Dresden (aus d. Jahre 1836; Seuffert II. Nr. 116), welches die Grundsätze der s. g. Gratifikationstheorie auch auf die Fälle der Pfandrechtsbestellung anwenden will, sprechen alle Entscheidungen, die sich bei Seuffert finden — zwei Ausnahmen sollen unten besonders hervorgehoben werden! — fest und entschieden den Grundsatz aus: der Gläubiger, dem ein Pfandrecht vom Schuldner bestellt ist, kann mit der act. Paul. nur dann erfolgreich angegriffen werden, wenn er die fraudulose Absicht des Schuldners gekannt hat! Einige dieser Urtheile suchen die theoretischen Gründe Francke's noch zu vervollständigen; so z. B. ein Erkenntniß von Lübeck (aus dem Jahre 1832; Seuffert, IV. Nr. 274) und eine Entscheidung von Celle (aus d. Jahre 1864; Seuffert XX. Nr. 98).

Ist denn aber in der That die Sache so zweifellos?

a. Man muß zunächst Fr. darin vollkommen Recht geben, daß in den Quellen die hier aufgeworfene Frage nicht entschieden ist. Der Fall der Anfechtung eines Pfandrechts ist äußerst dürftig behandelt; es wird auf allgemeine Grundsätze verwiesen.

Die Gesetzesstellen, namentlich auch diejenigen, welche Weber — Beiträge zu den Klag. und Einred. H. 1. Nr. 7. S. 80. 81. — zur Unterstützung seiner (abweichenden) Anschauung heranziehet, sind in der That ohne alle beweisende Kraft.

L. 6 § 6 D. h. t. enthält nur den Ausspruch, daß die act. Paul. bei Verpfändungen **zulässig** sei; nicht auch bei Zahlungen.

L. 13 eod. Diese Stelle ist dunkel. Wird sie auf die act. Paul. bezogen, so ist nicht einzusehen, was es heißen soll: der Pfandgläubiger besitze nicht rei servandae causa! Nimmt man aber mit Weber an, es sei nur ausgesprochen, daß nach dem Concursverfahren der Römer ein Pfand in die Gemeinschaft der Concursgüter nicht eingefordert werden könne, — so ist von der act. Paul. überall nicht die Rede.

L. 22 eod. Die Antwort des Scaevola geht nur dahin: aus dem Umstande allein, daß für eine alte Schuld ein Pfandrecht bestellt ist, folgt noch nicht die Ungiltigkeit dieses Pfandrechtes; der Bestellungsact muß nach allgemein geltenden Grundsätzen mit der act. Paul. angefochten werden können; diese Klage erfordert „fraus". Daraus allein aber, daß der Schuldner ein Pfandrecht für eine vetus obligatio bestellt hat, folgt seine fraudulose Absicht noch keineswegs!

L. 10 § 13. eod. (Ulpian lib. 73 ad Edict.)

Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit: hac actione tenebitur, ut est saepissime constitutum.

Hier wird allerdings die Klage gegen den Gläubiger, dem das Pfandrecht bestellt ist, zugelassen, ohne daß ausdrücklich hervorgehoben ist, daß er fraudis conscius gewesen sei; dennoch ist die beweisende Kraft der Stelle sehr gering. Offensichtlich kam es dem Juristen nur auf eine vergleichende Zusammenstellung der Verpfändung mit der Zahlung an. Er will nur aussprechen, daß die Verpfändung keineswegs der Zahlung gleichstehe; daß es also sehr wohl sich rechtfertige, wenn man bei Verpfändungen nicht ebenso, wie bei Zahlungen, die act. Paul. ohne weiteres für unanwendbar erkläre. Ueber die Voraussetzungen aber, unter welchen im einzelnen Falle die Klage mit Erfolg angestellt werden könne, will Ulpian sich hier überall nicht aussprechen. —

b. Wenn man die zu Anfang des vorigen § zusammengestellten Aussprüche liest, so kann man sich des Eindruckes kaum erwehren, als ob eine stehende Regel folgenden Inhaltes solle vorgetragen werden: gegen Dritte findet die act. Paul. nur Statt, wenn dieselben um die fraus des Schuldners gewußt haben! Die neben dieser Regel anerkannte Ausnahme bezüglich des Erwerbes aus lucra-

tivem Titel ist mit dürren Worten ausgesprochen; so namentlich in L. 6. § 11.

Es scheint demnach, als ob man in der That wohl berechtigt wäre, so zu argumentiren: da bezüglich des Gläubigers, dem ein Pfandrecht eingeräumt wurde, nirgend gleichfalls ausdrücklich eine Ausnahme von der Regel statuirt ist, so muß es hinsichtlich seiner eben bei der Regel bleiben!

Dem ist unter einer bestimmten Voraussetzung allerdings zuzustimmen; nämlich dann, wenn man dafür hält, daß sachlich sich die Gleichstellung des Gläubigers, dem ein Pfandrecht eingeräumt ist, mit dem Beschenkten **nicht** rechtfertigt. Ist man aber der Ansicht, daß es wohl Fälle geben kann, in welchen der Gläubiger durchaus dem Beschenkten gleich gestellt werden muß, — dann scheint es doch im hohen Grade bedenklich, diesen Fällen die Beurtheilung, die man sachlich für angemessen hält, deßhalb nicht zu Theil werden zu lassen, weil die Quellen sich nicht vollkommen deutlich ausdrücken. Denn, ein mehres liegt in der That nicht vor! Keine Entscheidung; nicht einmal eine ausdrückliche Hindeutung darauf, daß auch der Gläubiger, dem ein Pfandrecht bestellt sei, unter die vorgetragene Regel falle! Nimmt man an, daß dies nicht, wenigstens nicht unter allen Umständen der Fall sei, dann ist die Ausdrucksweise der Quellen allerdings eine nicht ganz genaue; aber die Ungenauigkeit ist eine sehr verzeihliche; es wird eben (zunächst) nur die Regel vorgetragen, ohne sofort auf die Ausnahmen hinzuweisen.

Die Entscheidung möchte also immerhin in der materiellen Beurtheilung des Falles gefunden werden müssen.

c. Wie aber ist dann zu urtheilen? Die Darstellung wird an den schon oben zur Veranschaulichung gewählten Kategorien festhalten dürfen.

A. Fälle, in welchen das Pfandrecht für einen bereits fälligen Anspruch bestellt ist.

Erste Kategorie. Der Gläubiger giebt nichts für die Einräumung; er verspricht auch nicht einmal, für eine gewisse Zeit den fraglichen Anspruch nicht geltend machen zu wollen.

Gesetzt: der Schuldner schuldet seinen chirographarischen Gläubigern A und B jedem 100; er besitzt nur 100; er kennt seine Insolvenz;

um A volle Befriedigung zuzuwenden, räumt er ihm, ohne daß dieser jene Absicht kennt, ein Pfandrecht ein.

Es möchte doch in der That scheinen, als ob A einem Beschenkten ganz gleich stände! Er erhält ohne alle Gegenleistung. Er kann dies auch nicht verkennen; er kann nicht glauben, durch irgend ein Aequivalent das eingeräumte Pfandrecht erkauft zu haben. Der Gegenstand der durch nichts aufgewogenen Zuwendung ist das eingeräumte Pfandrecht. Durch diese Zuwendung wird nun zwar direct überall nichts aus dem Vermögen des Schuldners weggegeben; derselbe wird nicht ärmer; er schuldet dem A ja schon 100; und mehr erhält dieser auch nicht durch Geltendmachung des Pfandrechts. Es liegt somit — wie nicht zu verkennen — eine Schenkung in dem gewöhnlichen Sinne nicht vor; der Schuldner schenkt nicht. Allein darauf kommt es hier nicht an! Dieser Gesichtspunkt könnte höchstens in dem Sinne verwerthet werden, daß man sagte: A erhält schließlich immer nur die 100, die er zu fordern hat; deßhalb kann bei Verpfändungen von der act. Paul. überall keine Rede sein! Dieser Anschauungsweise jedoch widersprechen die Quellen geradezu! Der Schuldner giebt auch insofern allerdings von seinem Vermögen, als er die 50, die sonst B würde erhalten haben, dem A verschafft; er giebt nur insofern nicht, als er diese 50 unter keinen Umständen würde behalten haben. Nicht der Schuldner trägt den Nachtheil dieser Liberalität, sondern B! Entscheidend aber für die rechtliche Lage des A ist, daß er die fragliche Zuwendung durch Nichts erkauft hat; er erhält 50, die er sonst nicht würde erhalten haben, ohne jedes Opfer. Sobald man davon absiehet, daß er an sich ja auch diese 50 zu fordern berechtigt war — und der Gesetzgeber siehet davon ab, indem er überall eine Verpfändung für angreifbar erklärt! — so sind diese 50 ein offenbarer Gewinn; ohne das bestellte Pfandrecht hätte er sie nicht erhalten. Auf diese factische Sachlage aber soll nach dem Willen des Gesetzgebers gesehen werden. Nur wenn man von ihr ausgeht, kann dem Schuldner eine Widerrechtlichkeit zur Last gelegt werden; nur wenn man von ihr ausgeht, kann überall von der act. Paul. die Rede sein!

Es kommt nichts darauf an, daß der Gläubiger, dem ein Pfandrecht bestellt ist, nicht ein Beschenkter im gewöhnlichen Sinne des Wortes ist; wohl aber ist auf den Umstand Gewicht zu legen, daß

der Gläubiger **wie** ein Beschenkter **ohne** jegliche Gegenleistung erhalten hat. Es dürfte somit in der That durchaus gerechtfertigt sein, ihn nach der hier fraglichen Richtung hin auch ganz ebenso zu behandeln, wie einen Beschenkten.

Die Folge dieser Auffassung würde dann die sein, daß es, damit gegen den betreffenden Gläubiger eine Klage auf Herausgabe der jeweiligen Bereicherung erhoben werden darf, keineswegs erforderlich ist, daß er beim Erwerbe des fraglichen Pfandrechtes um die fraudulose Absicht des Schuldners gewußt habe. —

Die Gründe, mit welchen die bereits oben erwähnten beiden Urtheile von Lübeck und von Celle dieser Ansicht entgegen treten, möchten unschwer zurückzuweisen sein.

Wenn in dem Lübischen Urtheile ausgesprochen ist: Sicherstellung einer Zahlung, bei welcher es nicht auf ein lucrum abgesehen sei, sei eben nicht Liberalität; um so weniger, wenn Hinaussetzung der Zahlungszeit die Gegenleistung bilde; — so ist schon früher nachzuweisen gesucht, daß insofern allerdings dem Gläubiger nichts zugewendet wird, als er auch durch das eingeräumte Pfandrecht nie zu mehr gelangt, als zu dem, was er (schon) zu fordern hat; aber insofern handelt der Schuldner allerdings liberal, als er — ohne Gegenleistung — ein Pfandrecht einräumt. Auf dieses Recht hatte doch der Gläubiger überall keinen Anspruch! Und ohne dieses Recht hätte der Gläubiger nicht so viel erhalten, als er jetzt erhält! Auf diesem Umwege wird ihm also auch der erlangte Mehrbetrag zugewendet. Es ist allerdings richtig, — er war berechtigt, auch den erlangten Mehrbetrag zu fordern; aber alles Fordern hätte ihm nichts verschafft, — eben weil für ihn nichts da war; erst das bestellte Pfandrecht verschafft ihm den Mehrbetrag. Thatsächlich ist derselbe also erst durch das Pfandrecht zugewendet! —

Die Entscheidung des Ob.-App.-Gerichts zu Celle ziehet einen Ausspruch des Venulejus im pr. der L. 25 D. h. t. heran und meint, ein Grund, weßhalb in der Bestellung eines Pfandrechtes für eine vetus obligatio eine Liberalität nicht erblickt werden dürfe, sei auch der: quoniam (creditor) magis detrimentum non patitur, quam lucrum faciat!

Der Grund beweist zu viel! Wenn darauf überall etwas ankommen soll, daß der Gläubiger durch Geltendmachung des Pfand-

rechts nur erhält, was er zu fordern (schon) berechtigt ist; insofern mithin, wenn er erhält, nur mit Verlust verschont bleibt: dann würde man niemals den Angriff einer Verpfändung durch act. Paul. gestatten dürfen! Man würde dann den Umstand entscheidend sein lassen müssen, daß der Gläubiger schließlich, d. h. auch nach Geltendmachung des eingeräumten Pfandrechts, doch immer nur so viel hat, als er fordern durfte. Nach dieser Richtung hin kann auch die Bestellung eines Pfandrechtes nicht einmal mit der in solutum datio verglichen werden; bei dieser wird statt des geschuldeten Gegenstandes etwas Anderes, als das Geschuldete, als Erfüllung gegeben. Nicht so beim Pfandrechte! Das Pfandrecht ist nur ein Mittel, damit der Gläubiger das in Wahrheit ihm geschuldete erlange. Aber der Gesetzgeber steht eben nicht auf dem angedeuteten Standpunkte! Beweis: daß er überall die Anfechtung eines Pfandrechts gestattet! Diese Erscheinung kann nicht anders erklärt werden, als so: der Gesetzgeber läßt eben nicht den Umstand entscheidend sein, daß auch durch das eingeräumte Pfandrecht der Gläubiger schließlich nur erhält, was er fordern darf; sondern er läßt sich, um (unter Umständen) zur Rescission des bestellten Pfandrechtes zu gelangen, durch die näher liegende Erwägung bestimmen, daß auf dieses, die Erlangung des betreffenden Mehrbetrages erst ermöglichende Mittel, der Gläubiger einen Anspruch **nicht** hatte. —

Auch Francke nimmt — a. a. O. S. 127 — zur Rechtfertigung seiner Meinung, daß der durch Einräumung eines Pfandrechts bevorzugte Gläubiger als ein Beschenkter nicht behandelt werden dürfe, auf die L. 25 D. h. t. Bezug. Um den betreffenden Gläubiger wie einen Beschenkten, also ohne conscientia der fraus des Schuldners, haften zu lassen, müsse „eine Schenkung im rechtlichen Sinne des Wortes vorhanden sein, d. h. mit Liberalität, wodurch der Schenker sein vorhandenes Vermögen vermindert und zugleich das des Empfängers positiv vermehrt, indem nur wegen dieser Vermögensvermehrung die Pauliana — — für zulässig erklärt sei."

Es wird nun die L. 25 cit. herangezogen, um zu zeigen, mit welcher Strenge dieser Grundsatz von den Römern angewendet sei. In der gedachten Gesetzesstelle werde erörtert, inwieweit eine durch acceptilatio vorgenommene Schenkung gegen den befreiten Schuldner,

bez. den ebenfalls befreieten Bürgen angefochten werden könne. Die Entscheidung gehe dahin, daß der Schuldner jedenfalls, der Bürge aber nur hafte, wenn er die fraus des acceptoferirenden Gläubigers gekannt habe. Eben weil bezüglich des Bürgen keine wahre Bereicherung vorhanden sei, so hafte er nur im Falle der conscientia; obwohl ja auch er ohne alle Gegenleistung von einer Verbindlichkeit befreiet werde!

Allein es scheint doch wohl sehr bedenklich, dem Gläubiger, dem vom Schuldner ohne jegliche Gegenleistung ein Pfandrecht bestellt ist, den Bürgen gleichzustellen, dem der Gläubiger die übernommene Verbindlichkeit acceptoferirt. Der Grund liegt nahe! Der Gläubiger erhält selbst, was er durch das eingeräumte Pfandrecht erlangt; dieses Recht nützt keinem andern. Nicht so bei dem Bürgen! Unter allen Umständen wirkt der diesem gegenüber vorgenommene Acceptilationsact befreiend auch für den Hauptschuldner. Wenn nun zwar nach Pandectenrecht — und dies trägt die L. 25 vor — d. h. vor Einführung der except. excussionis, der Bürge nicht als nur subsidiärer Träger der betreffenden Verbindlichkeit betrachtet werden kann, so ist doch auch ohne Rücksicht auf das benef. excussionis niemals verkannt, daß der Bürge nicht der eigentliche Träger der übernommenen Schuld sei. Das ist und bleibt der Hauptschuldner! Dem Bürgen wird in Wahrheit durch die ohne Gegenleistung vorgenommene Zerstörung der übernommenen Verbindlichkeit nichts zugewendet; denn hätte er erfüllen müssen, so würde er mit der Mandatsklage bez. der act. negot. gest. Ersatz vom Hauptschuldner erlangt haben. Immer also ist dieser, der schließlich nur in Wahrheit Bedachte! Der Bürge bietet nur die Hand znr Vornahme der Befreiungshandlung, die, obwohl sie in seiner Person eintritt, doch ihm materiellen Vortheil überall nicht bringt. — —

In neuerer Zeit scheint denn in der That doch auch die gemeine Meinung wenigstens nicht ohne allen Widerspruch geblieben zu sein.

In einem Urtheile des Ob.-App.-Gs. zu München — aus dem Jahre 1866; Seuffert, XXI. Nr. 187. I. — heißt es:

„Um dem Paulianischen Rechtsmittel gegen die Bestellung einer Hypothek Statt geben zu können — — müssen auf Seite desjenigen, für welchen die angefochtene Hypothek bestellt wurde

nur **entweder** ein bloß lucrativer Erwerb, **oder** seine Theilnahme an der Gefährde des Gemeinschuldners vorliegen."

Aehnlich in einem Erkenntnisse des Ob.-App.-Gs. zu Dresden (aus d. Jahre 1866; Seuffert, XXI. Nr. 187. II.):

„— Verpfändungen — — unterliegen — der Anfechtung durch die Paulianische Klage. Das Letztere ist nun aber auch der Fall, wenn die Veräußerung in der Weise erfolgt, daß der Mitcontrahent — eine Verbesserung seines Vermögenszustandes erfährt, auf welche er an sich keinen Anspruch hatte, und zwar kann dann die Rescission der Veräußerung erfolgen, auch wenn der Mitcontrahent — von einer böslichen Absicht bei Eingehung des für ihn lucrativen Geschäftes frei war und er den insolventen Zustand des Schuldners nicht kannte."

Zweite Kategorie. Der Gläubiger ertheilt für die Einräumung des Pfandrechts Frist.

An einem früheren Orte ist die Ansicht zu begründen versucht, daß in der Fristgewährung eine ausreichende Gegenleistung in dem hier entscheidenden Sinne um deswillen nicht erblickt werden dürfe, weil der Schuldner überall nicht glauben konnte, durch diese Leistung irgend welche Mittel zur Befriedigung seiner Gläubiger zu erlangen. Weil er dies nicht glauben konnte und dennoch durch die Bevorzugung eines oder einiger Gläubiger die übrigen benachtheiligte — eben deßhalb handelt der Schuldner fraudulos.

Darf diesem Gesichtspunkte aber auch hier, wo es sich um die rechtliche Lage des Dritten handelt, entscheidende Bedeutung zugestanden werden?

Man könnte sagen, wenn es richtig ist, daß in der vom Gläubiger ertheilten Befristung ein wirkliches Aequivalent nicht erblickt werden darf, so hat auch der Gläubiger nicht das Recht, ein solches darin zu erblicken; er kann dann nicht glauben, das ihm eingeräumte Pfandrecht durch eine Gegenleistung sich verschafft zu haben; er muß sich somit in dem Sinn für einen Beschenkten halten, als er ein (wahrhaftes) Aequivalent nicht geleistet hat! Allein diese Anschauungsweise erscheint doch wohl bedenklich. Sie ist gewiß die richtige, wenn allein entscheidend ist, nicht, was der betreffende Gläubiger in der That geglaubt hat, sondern, was er bei richtiger

Beurtheilung der Dinge hätte glauben müssen. Kömmt aber für die Entscheidung der Frage: ist er einem Beschenkten gleich zu achten? auch darauf etwas an, ob er selbst sich für einen solchen hielt; darf man fordern, daß er, auch damit die nur auf Herausgabe der Bereicherung gerichtete, conscientia der fraudulosen Absicht des Schuldners nicht erforderndе Klage wider ihn zulässig sei, bei dem fraglichen Erwerbe sich selbst gesagt habe, daß derselbe ein lucrativer sei: — dann kann die Entscheidung im einzelnen Falle immerhin recht zweifelhaft sein. Es wird in der That Fälle geben, in welchen es keineswegs so offenbar verwerflich ist, wenn der Gläubiger meint, durch die gewährte Befristung die Einräumung des bestellten Pfandrechts in Wahrheit erkauft zu haben.

Um so eher wird man vielleicht geneigt sein, diese Anschauung zu billigen, wenn man nicht unbeachtet läßt, daß ja der betreffende Gläubiger, eben weil er die fraudulose Absicht des Schuldners nicht kennt, sich recht wohl in vollständiger Unkenntniß über die Verhältnisse seines Mitcontrahenten befinden kann; und wenn man weiter erwägt, daß, wenn von „ausreichender Gegenleistung" die Rede ist, obwohl der Ausdruck derselbe, doch sachlich etwas sehr Verschiedenes in Frage kommt, je nachdem es sich um den Schuldner oder um den Dritten handelt. Der Schuldner, wenn er sich die Frage beantwortet: hast du ein ausreichendes Aequivalent erhalten? darf nicht an seine Person denken; er muß die Interessen seiner Gläubiger ins Auge fassen; ihm, dem Insolventen, ist eine „ausreichende Gegenleistung" im Interesse der Gläubiger nur eine solche, die mindestens eben so viele Mittel zur Befriedigung ihm verschafft, als durch den fraglichen Act aus seinem Vermögen ausscheiden. Nicht so der Dritte! Dieser, auch der Gläubiger, dem ein Pfandrecht bestellt ist, darf, wenn er die Frage aufwirft, ob die Gegenleistung, die er giebt, eine ausreichende sei, mit vollem Rechte lediglich seine eignen Verhältnisse berücksichtigen. Für ihn ist die Gegenleistung dann eine ausreichende, wenn er so viel giebt, bez. zu geben meint, als er erhält. Und da ist es unter Umständen gewiß sehr berechtigt, wenn der Gläubiger mit Rücksicht auf die Nachtheile und die Gefahren, denen er sich durch die gewährte Befristung aussetzt, in der That glaubt, das eingeräumte Pfandrecht durch ein vollkommen ausreichendes Aequivalent erkauft zu haben. —

Diese dem Dritten günstigere Auffassung scheint sich der Billigung der Gerichtshöfe zu erfreuen.

So heißt es in dem oben erwähnten Urtheile von München (Seuffert, XXI. Nr. 187. I.) nach den bereits mitgetheilten Worten weiter:

„Die Erwerbung des Hypothekenrechts ist dann als eine lucrative anzusehen, wenn die Hypothek vom Schuldner für eine schon früher ohne Hypothekentitel bestandene Forderung, für ein vetus creditum freiwillig bestellt wurde, d. h. ohne vorausgegangene Kündigung oder Einklagung der Schuld, ohne daß der Gläubiger für die Hypothekenbestellung eine Gegenleistung machte, Zahlungsnachsicht für die fällige Schuld oder fristweise Abtragung derselben gewährte. —“

Ganz ähnlich spricht sich ein — allerdings älteres — Urtheil des Ob.=App.=Gs. zu Wolfenbüttel — aus dem Jahre 1837; Seuffert, XXII. Nr. 286 — aus:

„— so geht doch die richtige Meinung dahin, daß diejenigen Verpfändungen, welche wegen einer schon früher bestandenen Schuld hinterher vorgenommen worden, nur dann der Rescission durch die Pauliana unbedingt unterliegen, wenn sie unter einem lucrativen Titel errichtet sind, und daß dagegen, wenn sich der Gläubiger zu einer Gegenleistung, namentlich zu einer Fristbewilligung verstanden hat, wie bei onerosen Veräußerungen überhaupt, auf die fraus des Schuldners und des Gläubigers gesehen werden muß.“ —

Dritte Kategorie. Der Gläubiger prästirt für das eingeräumte Pfandrecht eine wirkliche Gegenleistung.

Es kann nicht wohl zweifelhaft sein, daß in Fällen dieser Art überall nicht daran gedacht werden kann, den Gläubiger wie einen Beschenkten zu behandeln, d. h. ihn haften zu lassen ohne conscientia fraudis.

Eben aber, weil er wissen muß um das consilium fraudandi des Schuldners, so wird für die Beurtheilung seiner Lage das Mißverhältniß nicht absolut maßgebend sein, welches vielleicht zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Das Erkannthaben dieses Mißverhältnisses wird von Einfluß sein können, wenn es sich um die

Beantwortung der Frage handelt: hat der Gläubiger — ausreichend — um die fraudulose Absicht des Schuldners gewußt? — in selbstständiger Weise wird die act. Paul. dadurch nicht begründet. Es kommt ja, wie schon an einem früheren Orte ausgeführt wurde, bei der conscientia fraudis zunächst nicht auf eigne fraudulose Absicht des Gläubigers — sondern auf sein Wissen von der Absicht des Schuldners an. —

B. Fälle, in welchen der Anspruch, für welchen das Pfandrecht eingeräumt wurde, noch nicht fällig war.

Zunächst: Fälle der zweiten Kategorie können hier nicht vorkommen.

Ein Recht, welches ihm überall noch nicht zusteht, kann der (demnächstige) Gläubiger auch nicht einmal zeitweilig aufgeben. —

Daß bei Fällen der dritten Kategorie für die Klage gegen den Gläubiger gleichfalls an dem Erfordernisse der conscientia fraudis festgehalten werden muß, liegt auf der Hand. Denn für die Gewinnung der Ueberzeugung, daß das eingeräumte Pfandrecht durch die prästirte Gegenleistung ausreichend vergütet sei, ist der Umstand jedenfalls bedeutungslos, ob der gesicherte Anspruch bereits wirksam besteht, oder ob der Eintritt vollständiger Wirksamkeit erst noch erwartet wird. —

Anlangend endlich die Fälle der ersten Kategorie, so müssen die Gründe, die oben dafür geltend gemacht sind, daß der betreffende Gläubiger ohne conscientia fraudis, wie ein Beschenkter auf die Bereicherung hafte, hier gleichfalls, und zwar in sehr verstärkter Weise zur Geltung gelangen.

Der Gläubiger, dem ein (schon) wirksames Forderungsrecht überall noch nicht einmal zusteht, und dem dennoch ohne alle Gegenleistung ein Pfandrecht für den fraglichen Anspruch eingeräumt wird, kann doch unter keinen Umständen glauben, irgend etwas für die Erlangung jenes Rechtes geleistet zu haben. Er kann nicht einmal glauben, auch nur thatsächlich dem Gläubiger dadurch förderlich gewesen zu sein, daß er die sofortige Geltendmachung seines Rechtes

unterließ. Er konnte sie nicht unterlassen, denn sie stand ihm nicht zu![1])

Ziemlich nahe der Ansicht Dernburg's steht das oben bereits erwähnte Urtheil von Dresden (Seuffert, XXI Nr. 187. II). Es heißt in demselben:

„Die Pfandbestellung für eine noch nicht fällige Forderung ist aber, wenn sie nicht gleich bei Contrahirung der letzteren ausbedungen war, ein Vermögensvortheil, auf welchen der betreffende Gläubiger an sich keinen Anspruch hat. Der letztere erlangt sie daher titulo lucrativo, und wenn sie mithin zu einer Zeit erfolgte, wo der Schuldner bereits zahlungsunfähig war, so unterliegt sie — — der Anfechtung durch die paulianische Klage, ohne daß noch etwas darauf ankömmt, ob der Pfandempfänger den insolventen Zustand des Schuldners zur Zeit des Pfandes kannte oder nicht."

---

[1]) Dernburg — a. a. O. S 200 —:

„Noch ist zweifelhaft, inwieweit zur Recission einer Pfandbestellung gegefordert sei, daß der Pfandnehmer bei Annahme des Pfandes von der Sachlage, von der fraus des Verpfänders Kenntniß hatte. In dieser Hinsicht ist wohl zu unterscheiden.

Geschah die Einräumuug des Pfandrechts freiwillig für eine ältere noch nicht fällige Schuld ohne eine entsprechende Gegenleistung, so sind die übrigen Gläubiger in der Regel ohne Rücksicht auf die Kenntniß des Pfandnehmers, dem ein lucrum zuwuchs, zur Recissionsklage berechtigt. [25])

Dagegen ist die Pfandbestellung für eine bereits fällige Schuld nur im Falle der Kenntniß des Pfandnehmers von der fraus des Schuldners rescissibel; da das Stehenlassen einer fälligen Forderung als das Aequivalent für den Erwerb des Pfandrechts anzusehen ist."

[25]) Dagegen ist das Mitwissen des Creditors nöthig, wenn dieser etwa die Fortsetzung einer vortheilhaften Geschäftsverbindung von der Pfandversicherung alter Verbindlichkeiten abhängig gemacht hatte.

Druck von Troitzsch & Ostertag in Berlin.